

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Chronique de jurisprudence

Willems, Valerie; BUYLE, Jean-Pierre; LANOYE, Laurie; Pouillet, Yves

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Willems, V, BUYLE, J-P, LANOYE, L & Pouillet, Y 1996, 'Chronique de jurisprudence: l'informatique (1987-1994) - (à suivre)', *Journal des Tribunaux*, Numéro 5794, p. 205-222.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Journal des tribunaux

16 mars 1996
115^e année - N° 5794

Bureau de dépôt : Mons X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

B.U.M.
NAMUR

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

11 ISSN 0021-812X

18 MARS 1996

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

L'INFORMATIQUE (1987-1994)

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (n° 1)

Chapitre premier

DROIT DES OBLIGATIONS

I. Le pré-contrat (n° 2).

II. La conclusion du contrat.

A. Le consentement et les vices de consentement.

§ 1. Le consentement (n° 4).

§ 2. Les vices de consentement : la lésion, l'erreur et le dol (n° 6).

B. La cause et l'objet (n° 11).

III. L'exécution du contrat.

A. L'exécution de bonne foi (n° 13).

B. Les obligations des parties (n° 15).

§ 1. Les obligations de l'utilisateur.

L'obligation d'informer, de collaborer et de s'informer (n° 14).

L'obligation de payer (n° 15).

L'obligation de restituer (n° 16).

§ 2. Les obligations du fournisseur (n° 17).

L'obligation de livrer (à temps) (n° 18).

L'obligation de livrer un objet conforme (n° 19).

L'obligation de résultat ou de moyen (n° 20).

L'obligation de conseiller (n° 21).

L'obligation de garantir (n° 22).

C. L'« exceptio non adimpleti contractus » (n° 23).

D. La rupture ou la résiliation unilatérale décidée par le créancier (n° 25).

E. La résolution judiciaire (n° 26).

F. La force majeure et l'imprévision (n° 27).

G. La détermination du dommage.

§ 1. La résolution judiciaire (n° 29).

§ 2. La responsabilité contractuelle (n° 31).

H. Les clauses conventionnelles exonératoires ou limitatives de responsabilité (n° 32).

I. La clause pénale (n° 33).

J. L'unité du contrat (n° 34).

K. Le leasing (n° 35).

Chapitre II

DROIT BANCAIRE (n° 37)

I. Responsabilités civiles, en cas de perte, de vol et d'utilisation abusive d'une carte de paiement électronique (n° 38).

II. Responsabilités pénales, en cas d'utilisation abusive ou frauduleuse d'une carte de paiement électronique (n° 40).

Chapitre III

DROIT JUDICIAIRE

I. L'expertise (n° 41).

II. Le référé (n° 42).

Chapitre IV

DROITS INTELLECTUELS (n° 43)

Chapitre V

DROIT DE LA CONCURRENCE (n° 52)

Chapitre VI

DROIT PENAL (n° 53)

SOMMAIRE

■ Chronique de jurisprudence :
L'informatique (1987-1994),
par J.-P. Buyle, L. Lanoye, Y. Poullet
et V. Willems (*à suivre*) 205

■ Communauté flamande - Enseignement
supérieur - Restructuration - Accès à la
profession - Décret du 13 juillet 1994,
article 353, 1° à 9° - Annulation
(Cour Arb., 21 décembre 1995) 223

■ Infractions - Peine - Confiscation spéciale -
Articles 42, 3° et 43bis du Code pénal -
Portée
(Cass., ch. des vac., 31 juillet 1995) .. 223

■ I. Réouverture des débats - Pièce nouvelle
- Indication précise du fait nouveau -
II. Mariage - Simulation - Nullité
(Bruxelles, 3^e ch., 7 décembre 1995) . 224

■ Saisie-arrêt mobilière - Tiers saisi -
Assigné en qualité de débiteur pur et
simple - Contestant être débiteur de quoi
que ce soit - Renvoi devant le juge du fond
- Article 1542, alinéa 2, du Code judiciaire
- Inapplicable
(Liège, 10^e ch., 19 octobre 1995) 225

■ Divorce - Mesures provisoires -
Contribution alimentaire - Article 203
du Code civil
(Mons, 2^e ch., 4 octobre 1995) 226

■ Succession - Immeuble - Vente à un
successeur en ligne directe avec réserve au
profit du vendeur, d'un droit d'habitation -
Droit d'usage ou d'habitation - Notion
(Mons, 7^e ch., 23 juin 1995) 227

■ Procédure civile - Demande - Conclusions
- Article 747, § 2, du Code judiciaire -
« Demandeur sur 747 » - Réplique - Non
prévue par la loi - Requête unilatérale -
Tierce opposition - Article 1025 du Code
judiciaire - Demande sur tierce opposition
(Civ. Namur, réf., 30 novembre 1995) 227

■ Divorce - Effets patrimoniaux -
Article 1278 du Code judiciaire - Portée
(Civ. Arlon, 1^{re} ch., 30 juin 1995) ... 227

■ Chronique judiciaire :
Courrier des Revues : Auteurs & Media -
Dates retenues.

15 MARS 1996

Journal
des tribunaux

Chapitre VIII
LA PROTECTION DES DONNÉES
A L'EGARD DES TRAITEMENTS (n° 56)

I. Le droit d'accès des personnes concernées (n° 58).

II. Le droit à l'information des entreprises et des administrations (n° 62).

A. Le principe de finalité (n° 63).

§ 1. La légitimité des traitements (n° 64).

§ 2. La conformité du contenu du traitement (n° 72).

B. Les obligations complémentaires du maître du fichier (n° 74).

C. Le cas particulier des données médicales (n° 77).

D. La diversité des actions susceptibles d'être invoquées en cas de violation de la vie privée et les incertitudes du dédommagement (n° 78).

Chapitre IX
LES MARCHES PUBLICS
INFORMATIQUES (n° 80)

I. La réglementation (n° 81).

II. La jurisprudence (n° 83).

A. Rédaction du cahier des charges (n° 84).

B. Capacité à soumissionner (n° 86).

C. Réception des soumissions (n° 88).

D. Examen des soumissions et discussion avec les soumissionnaires (n° 90).

E. Choix de l'adjudicataire (n° 95).

F. Renonciation à la procédure (n° 100).

G. Notification de la décision d'attribution (n° 104).

III. Conclusion (n° 111).

Chapitre X
DROIT FISCAL (n° 116)

Chapitre XI
DROIT EUROPEEN (n° 117)

I. L'article 85.

A. Accords horizontaux (n° 118).

B. Normes industrielles (n° 119).

C. Droits sur la propriété industrielle et commerciale (n° 120).

D. Accords de franchise (n° 121).

II. L'article 86 (n° 122).

III. L'article 59 (n° 125).

IV. Autres dispositions.

A. Décisions de la Cour de justice (n° 129).

B. Décisions et mesures de la Commission.

§ 1. Aides publiques (n° 134).

§ 2. Aides sectorielles (n° 135).

INTRODUCTION

1. — L'informatique est une science : la science du traitement automatique et rationnel de l'information en tant que support des connaissances et des communications (1).

Dans la chronique précédente (2), nous écrivions qu'« au terme de notre examen, nous doutons qu'il existe un droit de l'informatique spécifique » et nous faisons part du paradoxe de publier une chronique sur un droit qui n'existe pas. « Droit de l'informatique : droit fantôme ou droit en devenir ? », relevions-nous.

Cette constatation n'est plus d'actualité. On assiste, en effet, à la naissance d'un droit réglementé. Que l'on songe, par exemple, à la loi du 26 janvier 1990 relative à la protection juridique des topographies originales des produits semi-conducteurs, à la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée ou à la loi du 30 juin 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs.

Depuis une vingtaine d'années (3), les décisions de jurisprudence rendues en matière informatique se sont multipliées et se sont diversifiées. Ce courant devrait se renforcer encore avec l'apparition de nouveaux outils informatiques : les multimedia interactifs, Internet, les autoroutes de l'information...

Durant la période écoulée, plusieurs décisions ont été plus spécialement prononcées en matière de propriété industrielle, de libertés et de marchés publics. Le contentieux soumis aux autorités européennes s'est également accru.

Si le développement consacré au droit des obligations reste le plus important, son contenu n'en demeure pas moins aussi très classique. Deux observations méritent d'être signalées. Une tendance vers une sévérité plus accrue à l'égard des clients utilisateurs. Les clients réellement profanes et néophytes sont en voie de disparition.

Le second constat est de voir la jurisprudence s'inspirer de façon certaine de la « théorie des groupes de contrats ».

La multiplicité et la diversité des contentieux ainsi que l'incidence de nouvelles réglementations (4) nous ont conduit à introduire deux nouveaux chapitres, l'un consacré au droit social et l'autre, plus particulièrement développé, à la protection des données à l'égard des traitements de l'information.

(1) Le Petit Larousse Illustré, 1995, p. 550.

(2) La présente chronique fait suite à la chronique de jurisprudence (1976-1986) publiée dans le J.T., 1988, pp. 93 et s. et pp. 113 et s. Cette précédente chronique, rédigée par M. J.-P. Buyle, Mmes L. Lanoye et A. Willems sera désignée par la suite par l'expression « la chronique précédente ».

(3) Les premières décisions de jurisprudence en matière d'informatique ont été prononcées, en Belgique, en 1976. Ainsi Comm. Bruxelles, 2 févr. 1976, Ing.-Cons., 1976, p. 365, Jur. Com. Belg., 1976, p. 222.

(4) On pense, par exemple, à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

A la lecture de ce dernier chapitre, on peut d'ailleurs se demander si on n'assiste pas à une mutation progressive mais réelle du droit de l'informatique vers un droit des systèmes d'information, voire vers un droit de l'information.

La législation et la jurisprudence relatives à la protection des données traduisent aussi bien la prise en compte de l'importance de l'impact de l'information sur la société et la manière dont on résout le conflit de valeurs entre le droit à l'information du plus grand nombre et le droit à la protection des libertés, dont le respect de la vie privée.

L'examen de la jurisprudence concerne les décisions prononcées entre les années 1987 et 1994 et dont nous avons eu connaissance au 30 octobre 1995 (5).

Occasionnellement, nous avons été amenés à nous référer à des jugements ou arrêts prononcés antérieurement — dont nous n'avons pas connaissance lors de l'élaboration de la précédente chronique qui visait la période 1976-1986 —, ou à l'une ou l'autre décision significative de 1995, qui pouvait compléter notre information.

Qu'il nous soit enfin permis de relever combien la présente chronique illustre aussi l'importante croissance des outils informatiques dans la recherche de la documentation. Que l'on songe aux banques de données comme Judit, Justel ou le R.A.J.B.

CHAPITRE PREMIER
DROIT DES OBLIGATIONS

I. — Le pré-contrat

2. — La période pré-contractuelle peut être très longue. Elle débute au moment où l'une des parties s'adresse à l'autre en vue de lui proposer de nouer un contrat. Elle s'achève par la conclusion d'un contrat (6) ou la rupture des négociations.

Pendant cette période, les parties doivent se comporter avec prudence et agir de bonne foi (7).

La jurisprudence en matière informatique a très tôt imposé aux parties une obligation générale d'information, complétée pour le fournisseur par un devoir de conseil et, pour le client, par un devoir de collaboration.

(5) Nous remercions très chaleureusement MM. Pol Debroux et Laurent Tainmont de leur précieuse collaboration aux contributions de droit administratif et de droit fiscal.

(6) Sur la question de savoir si un contrat est ou non noué, cons. Civ. Namur, 26 avril 1900, Rev. rég. dr., 1991, p. 489 et note E. Montero.

(7) F. Walschot, *Droit de l'informatique*, I.N.S.E.A., 1982; G. Vandenbergh, D. Van Hoof, *Computer-contracten*, Kluwer, « Bijzondere overeenkomsten - Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer », deel 3, 1990, p. 8; L. Cornelis, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », R.G.D.C., 1990, pp. 391-425, W. De Bondt, « Precontractuele aansprakelijkheid », R.G.D.C., 1993/2, p. 93.

L'obligation du fournisseur peut se décomposer de la manière suivante : s'informer auprès du client de ses besoins, l'informer de tous les renseignements qui pourraient lui être utiles concernant le matériel et les logiciels à livrer (types, caractéristiques, conditions d'utilisation, adéquation de l'environnement, contenu des contrats envisagés, coût, garanties, ...), le conseiller, le mettre en garde et lui proposer une solution adéquate à ses problèmes et qui s'insère de manière rationnelle dans son entreprise.

Le fournisseur — quelle que soit sa compétence — doit s'informer des besoins concrets et spécifiques de l'utilisateur, faire toutes les diligences nécessaires pour obtenir les données indispensables à l'élaboration du logiciel (8).

Il doit, au besoin, le conseiller, le mettre clairement en garde et lui exprimer les réserves requises.

Il ne peut se contenter de répondre à la demande théorique de l'utilisateur en l'amenant à acheter un matériel non agréé et non fiable (9).

Ce devoir est d'autant plus important lorsque l'utilisateur est profane et manque de professionnalisme et lorsque le fournisseur connaît parfaitement les besoins de son client (10).

Lorsqu'un fournisseur a connaissance, pendant les négociations, d'un élément susceptible d'entraîner pour son client des conséquences préjudiciables, il doit s'en inquiéter et, le cas échéant, adapter son offre ou mettre le client en garde (11).

« En promettant des performances qu'il savait ou devait savoir lors de la conclusion du contrat, irréalisables sans de nombreuses adaptations et ajouts de matériels, le (fournisseur) a manqué à son devoir de conseil » (12).

Lorsqu'une partie veut engager la responsabilité pré-contractuelle de son cocontractant, elle ne peut se contenter de procéder à son encontre par affirmations vagues, générales et théoriques. Elle doit démontrer la faute avec précision, *in concreto* (13). Lorsqu'une expertise est ordonnée, elle porte souvent sur la manière dont les parties se sont comportées avant la conclusion du contrat (14).

3. — Lorsque les pourparlers et négociations n'aboutissent pas à la conclusion d'un contrat,

(8) Mons, 2^e ch., 12 févr. 1991, inédit, Richir c. s.p.r.l. Bigest Data Center, R.G., 12.828; Civ. Bruxelles, 4^e ch., 30 juin 1995, inédit, Institut d'hygiène et d'épidémiologie c. s.a. Microgest, R.G. 17324/92.
(9) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 507 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1990/5, p. 253.

(10) Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. Flamée.

(11) J.P. Wervik, 8 févr. 1994, *D.I.T.*, 1995/2, p. 59 et note E. Davio.

(12) Comm., 5^e ch., Liège, 23 oct. 1992, inédit, s.p.r.l. Laboratoires Marchand c. s.a. « Bis », R.G. 2486/88.

(13) Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124; comp. Mons, 3^e ch., 11 déc. 1991, inédit, R.G. 10557.

(14) Cf., par ex., Comm. Liège, 15 mai 1986, *Dr. inform.*, 1987/1, p. 60.

il se pose souvent la question du droit éventuel pour la société de service informatique à être remboursée des frais exposés en vain pendant cette période.

Pour le tribunal de commerce de Liège (15), « si l'on admet généralement que les études préliminaires, plans ou devis, réalisés par l'entrepreneur avant la conclusion du contrat constituent des "risques d'entreprise" ne donnant pas lieu à rémunération, il est fait exception à cette règle lorsque les projets établis par l'entrepreneur, le plus souvent spécialisé, sortent du cadre de la simple "information" pour entrer dans la catégorie des études menées par les architectes, ingénieurs-conseils ou bureaux d'études, qui, en raison de l'activité créatrice qu'elles impliquent sont normalement rémunérées (Simont, De Gavre et Foriers, "Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.*, 1986, n° 155, pp. 329 et 330, cités par Liège, 18 nov. 1993, inédit, R.G. 30528/92 en cause Boel et s.p.r.l. Export Express c. s.p.r.l. Message) ».

Et le tribunal liégeois de désigner un expert ayant pour mission non seulement de décrire et d'évaluer ces frais mais aussi de dire s'il y avait eu transfert de technique (16), dans le cours des négociations au profit du client qui pourrait les utiliser à son profit et de dire si la société de services informatiques avait perdu ou non des marchés en consacrant tout son temps aux négociations avec son client dans l'espoir d'emporter le marché, et en excluant les contacts avec d'autres amateurs potentiels.

II. — La conclusion du contrat (17)

A. — Le consentement et les vices de consentement

§ 1^{er}. — Le consentement

4. — A l'occasion d'un litige portant sur l'informatisation du service de médecine interne d'une clinique, le tribunal de première instance de Namur a eu l'occasion de rappeler les principes applicables (18) : un contrat est valablement formé entre les parties par la renonciation d'une offre en bonne et due forme et

(15) Comm. Liège, 3 févr. 1994, *D.I.T.*, 1994/2, p. 46 et note A. Houtart et O. Lesuisse.

(16) Le tribunal aurait pu aussi faire porter la mission de l'expert sur la communication éventuelle du know how au client pendant cette période.

(17) Voy., pour l'objet et la qualification juridique des contrats informatiques, J.-P. Buyle, « Aspects contractuels relatifs à l'informatisation », in *Droit de l'informatique*, éd. Jeune barreau, 1993, p. 213, n° 1. Le tribunal de commerce de Bruxelles, 7^e ch., constate dans une décision inédite du 5 octobre 1994 (s.c. F.O.G. International c. Melamed, R.G. 3.999/92 et Melamed c. s.c. F.O.G. International, R.G. 5.545/92) concernant la fourniture d'un logiciel de comptabilité — après avoir statué qu'« attendu que les parties sont toutes deux d'accord pour considérer que la vente est l'institution juridique qui se rapproche le plus de l'opération commerciale entre elles; qu'elles sont dès lors toutes deux d'accord d'appliquer les règles de la vente dans le présent litige » — la nullité de cette vente sur base de l'article 1599 du Code civil (vente de la chose d'autrui).

(18) Civ. Namur, 26 avril 1990, *Rev. rég. dr.*, 1991, p. 489 et note E. Montero.

d'une acceptation conforme. Une telle offre est celle qui contient tous les éléments essentiels du contrat à venir, à savoir les précisions nécessaires quant à son objet et à son prix. Il est indifférent que toutes les modalités du contrat n'aient point fait l'objet d'un accord, jusque dans leurs moindres détails. Les points non réglés peuvent l'être ultérieurement par de nouvelles négociations qui ne seraient, en tout état de cause, pas susceptibles de remettre en cause l'accord déjà intervenu : *pacta sunt servanda*.

Le juge a considéré dès lors, à juste titre, que, *in casu*, la clinique avait rompu fautivement les relations contractuelles et l'a condamnée à payer à la société de services informatiques une somme forfaitaire à titre de dommages et intérêts.

Ce jugement — qui constitue l'une des applications du courant majoritaire jurisprudentiel et doctrinal actuel — fait application de la distinction proposée par Aubert (19) et Cornu (20), entre les éléments essentiels et déterminants à tout contrat, sur lesquels les concours des consentements doit nécessairement s'opérer pour que le contrat puisse naître et les éléments accessoires à propos desquels un défaut d'accord n'empêche pas la formation du contrat (21).

5. — L'exécution ou le commencement d'exécution du contrat proposé par le destinataire de l'offre, révèle ou traduit son acceptation (22).

§ 2. — Les vices de consentement : la lésion, l'erreur et le dol

6. — Définie comme étant le préjudice pécuniaire qui résulte d'un déséquilibre ou d'un défaut d'équivalence entre les prestations contractuelles, « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes » (art. 1118, C. civ.).

En droit commun, les conventions lésionnaires entre majeurs capables, susceptibles d'être détruites ou révisées, sont rares (la vente immobilière, la vente d'engrais, le partage, ...). Le domaine de l'informatique ne devrait pas normalement connaître de cette hypothèse (23).

Pendant la période examinée, il n'existe qu'une affaire où le concessionnaire d'une licence non exclusive d'utilisation de moyens de formation, dans le domaine de l'enseignement de l'informatique, à savoir la fourniture et l'utilisation de logiciels standards, demandait au juge de pro-

(19) J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, n°s 288 et s.

(20) G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 364.

(21) F. T'Kint, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau, 1984, p. 48, n°s 74 à 76; P. Van Ommeslaghe, « Les obligations (examen de jurisprudence : 1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 139, n° 56; A. Van Oevelen et E. Dirix, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1213, n° 9; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 313, n°s 93 et 98.

(22) Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124; *Turnh. Rechtsl.*, 1992, p. 29.

(23) Lamy, *Droit de l'informatique*, 1993, p. 556, n° 855.

noncer la nullité de la convention entre autres pour « lésion qualifiée et/ou prix et bénéfice anormal ou illicite » (24). Compte tenu d'un accord intervenu entre les parties litigantes, le tribunal n'a pas eu à se prononcer sur le moyen soulevé.

7. — Une parfaite application de la notion de l'erreur substantielle — comme décrite sous le n° 11 de la chronique précédente — se retrouve dans un arrêt de la cour de Bruxelles du 17 février 1987. Cette décision prononce la nullité d'un contrat portant sur la livraison d'un système informatique « clé en main » et d'un contrat de maintenance pour vice du consentement aux motifs « que (l'acheteur) s'est mépris sur les possibilités du nouveau système qu'il a acquis » et « que l'objet de la convention à laquelle (l'acheteur) a consenti n'avait pas les qualités dont cette partie a voulu faire dépendre son engagement » (25).

8. — Cet arrêt comporte également une application intéressante de la théorie des vices de consentement à propos d'un contrat de transaction intervenu entre les parties (26).

Un contrat peut être annulé sur base de l'erreur lorsque les attentes du contractant n'ont pas abouti à cause d'une mauvaise représentation du résultat escompté de l'automatisation, qui est la cause de la conclusion du contrat (27).

9. — L'erreur sur le prix ou l'erreur sur la valeur ne constitue pas en principe des erreurs substantielles. Admettre l'annulation pour une simple erreur sur la valeur serait un moyen de contourner l'article 1118 du Code civil qui pose comme principe qu'un contrat ne saurait être annulé pour cause de lésion. Il n'en sera autrement que si le prix est une condition déterminante du contrat (28).

Dès lors, la preuve doit être rapportée qu'il s'agit d'une erreur en application de l'article 1110 du Code civil (29).

(24) Comm. Bruxelles, 13^e ch., 28 avril 1994, inédit, *Applied Learning International Limited c. Cockerill Sambre*, R.G. 14.109/91 : le juge désigne un expert dont une des missions consiste à « donner son avis sur les propositions successives (du cédant) et la justification de la modification des quantités et prix de celles-ci et à donner son avis sur le caractère normal de ces prix et quantités ».

(25) Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. Flamée; *Computerr.*, 1990/2, p. 83 et note M. Flamée; *D.I.T.*, 1989/4, p. 71.

(26) Cf., à cet égard, Cl. Parmentier, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau, 1984, p. 67; L. Simont et J. De Gavre, « Examen de jurisprudence (1976 à 1980) - Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1986, p. 433, n° 255; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 58, n° 13; R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 326, n° 110 et p. 334, n° 115, proposent de parler en l'occurrence plutôt de l'erreur obstacle sur l'objet de la transaction que de l'erreur de fait (cf. art. 2053, C. civ.).

(27) J.P. Wervik, 8 févr. 1994, *D.I.T.*, 1995/2, p. 59 et note E. Davio.

(28) Cl. Parmentier, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 61-62; R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 332, n° 114.

(29) Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124; *Turnh. Rechtsl.*, 1992, p. 29.

10. — Celui qui prétend que son consentement a été vicié par des manœuvres (dolosives) émanant de son cocontractant de manière telle que sans ces manœuvres, il n'aurait pas contracté, doit prouver qu'il a été victime de manœuvres frauduleuses et que les conditions d'application de l'article 1116 du Code civil entraînant la nullité de la convention sont réunies (30).

B. — La cause (31) et l'objet (32)

11. — Deux contrats ayant entre eux un lien de connexité mais chacun un objet différent — en l'occurrence, un contrat de consultance et un contrat de software, s'analysant l'un et l'autre comme des contrats d'entreprise — peuvent avoir une cause unique, une finalité commune évidente dont l'objectif unique consiste à procurer à l'entreprise, grâce à l'informatique, un outil de gestion plus performant que les méthodes anciennes qu'elle utilisait (33).

En l'absence de contrat écrit, la cour d'appel d'Anvers a décidé dans son arrêt du 7 juin 1988 (34) que le contrat en l'occurrence est supposé avoir pour objet un logiciel correspondant aux besoins concrets de l'utilisateur, c'est-à-dire un appareil sur mesure.

Le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 27 mai 1991 (35) est une des rares décisions concernant le contrat de conseil en informatique, en le définissant comme un contrat « par lequel une personne spécialiste d'une catégorie de connaissances ou de techniques s'engage, contre rémunération, à fournir une prestation intellectuelle à une autre personne, profane, apte à rendre les décisions fondées et ses actes efficaces ». Ce contrat d'entreprise (36) ou de louage d'ouvrage (37) fait de l'information et du conseil les objets principaux du contrat.

(30) Comm. Bruxelles, 11^e ch., 17 janv. 1992, inédit, *Randaxhe/Fédération nationale des Unions des Classes moyennes c. Barclays International Crédit/Domont et Randaxhe*, *D.G.T.R.*, R.G. 10.672/90 et R.G. 4.883/91.

(31) Pour l'évolution — pendant la période commentée — de la jurisprudence basée sur la conception des « mobiles déterminants » défendue par M. P. Van Ommeslaghe (cf. n° 12 de la chronique précédente), nous renvoyons le lecteur aux n°s 151 et s. (p. 398), de R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*

(32) J.-P. Buyle, *op. cit.*, p. 264, n° 43.

(33) Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, *Mecavoloc c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M.*, R.G. 10.557 (appel contre Comm. Charleroi, 18 déc. 1981, *J.T.*, 1983, p. 285, commenté dans la chronique précédente, n°s 7, 8 et 9).

(34) Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 614; *D.I.T.*, 1989/3, p. 54 et note E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1989/4, p. 196.

(35) Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61 et note E. Montero.

(36) J.-L. Fagnart, « Le contrat de conseil informatique », in *Droit de l'informatique*, éd. Jeune barreau, 1993, p. 306, n° 4.

(37) Y. Pouillet, « Le triangle classique : maître de l'ouvrage - entrepreneur - maître d'œuvre », in *Le droit des contrats informatiques - Précis de la Faculté de droit de Namur*, 1983, p. 133.

III. — L'exécution du contrat

A. — L'exécution de bonne foi (38)

12. — La bonne foi peut être définie comme étant le comportement loyal et honnête de celui qui se soucie normalement des conséquences pour autrui de sa conduite, ceci comparé aux standards admis à un moment déterminé de la vie en société (39).

La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 17 février 1987 (40), rappelle que « tout contrat doit s'exécuter de bonne foi; que le contrat informatique noué entre un professionnel et un profane fait peser sur le premier une obligation de devoir de conseil qui lui aussi doit s'exécuter de bonne foi ». En l'espèce, l'obligation de loyauté consistait dans le fait que le fournisseur devait répondre aux besoins de l'acheteur qu'il connaissait parce qu'il lui avait déjà livré du matériel informatique auparavant.

B. — Les obligations des parties

13. — Les parties à un contrat informatique sont souvent très nombreuses parce que les prestations demandées sont souvent complexes et les conventions multiples (vente, location, leasing, entreprise, financement, ...). Les droits et les obligations des parties résultent de la qualification du contrat conclu et ont été précisés par la jurisprudence.

Schématiquement, le tribunal de commerce de Liège a synthétisé les obligations caractéristiques des parties à un contrat informatique de la manière suivante :

« — devoir de conseil du fournisseur et corrélativement devoir de l'utilisateur d'informer le fournisseur de ses besoins,

» — obligation du fournisseur de livrer une chose conforme et, ce, dans les délais fixés, eu égard à une inévitable période de « rodage »,

» — devoir de collaboration des parties dans l'exécution des prestations informatiques » (41).

§ 1^{er}. — Les obligations de l'utilisateur

14. — L'obligation d'informer, de collaborer et de s'informer :

Comme nous l'avons relevé dans la chronique précédente, ces obligations ne constituent en réalité que des expressions particulières, dans le domaine de l'informatique, du principe de l'exécution de bonne foi des conventions énoncé à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

(38) J.-P. Buyle, *op. cit.*, p. 232, n° 15; A. Van Oevelen et E. Dirix, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1223, n° 34 : contient la liste des publications y afférentes dans la période décrite; R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 459, n° 186.

(39) J. Van Ryn et X. Dieux, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 292.

(40) Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. Flamée; *Computerr.*, 1990/2, p. 83 et note M. Flamée; *D.I.T.*, 1989/4, p. 71; R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 287, n° 78 et p. 464, n° 188.

(41) Comm. Liège, 5^e ch., 23 oct. 1992, inédit, *Labo-atoires Marchand c. BIS*, R.G. 2486/88.

Elles sont aussi présentes au cours de la phase précontractuelle (cf. *supra*, n° 2).

D'autres obligations (comme celles relatives au paiement ou à la livraison) consistent en l'exécution même des prestations convenues.

« Attendu que (le vendeur) réplique en vain que (s'il) n'a pu réaliser un logiciel répondant aux besoins spécifiques de (l'acheteur d'un système informatique complet pour la gestion d'un cabinet dentaire, comprenant, notamment, "un programme dentiste à établir avec l'aide du client en vue de réaliser un standard dentiste"), c'est parce que celui-ci ne lui a pas fourni les indications nécessaires à la confection des programmes; qu'en effet, (le vendeur) ne démontre pas qu'il aurait lui-même fait toutes les diligences nécessaires en sa qualité de vendeur professionnel, spécialiste en informatique, pour obtenir de (l'acheteur) les prétendues données complémentaires, indispensables à l'élaboration du logiciel promis » (42).

Manque à l'obligation d'exécution de bonne foi, l'acheteur d'un système informatique qui s'abstient d'avertir le vendeur de ses négociations avec un autre fournisseur et qui dénonce unilatéralement le contrat (43).

Le bailleur et le locataire d'un matériel informatique manquent tous les deux d'esprit de collaboration dans l'exécution de la convention de bail s'ils discutent sans fin sur l'accessibilité de l'ordinateur en question, d'autant plus que le locataire connaissait les problèmes d'encombrement qui pouvaient surgir et qu'il ne peut dès lors en faire grief au bailleur, ayant contracté en connaissance de cause. Le tribunal décide en conséquence, à juste titre, que le locataire doit payer au bailleur le montant des factures impayées augmenté des intérêts moratoires (44).

15. — L'obligation de payer :

On peut considérer que l'acheteur d'un programme informatique de facturation qui n'a pas protesté à temps contre la facture l'a acceptée tacitement (45).

Dans le même sens, il a été décidé que l'acheteur d'un système informatique (vendu également à vingt autres bureaux fiduciaires) qu'il utilisait depuis plusieurs années sans que jamais il ne sollicite la désignation d'un expert pour vérifier le bien-fondé éventuel des critiques successives à l'égard du matériel vendu, doit payer au vendeur le montant de la facture majorée de la clause pénale et des intérêts de retard conventionnels (46).

(42) Mons, 2^e ch., 12 févr. 1991, inédit, Richir c. Bigest Data Center, R.G. 12.828.

(43) Comm. Liège, 5^e ch., 23 oct. 1992, inédit, Laboratoires Marchand c. BIS, R.G. 2486/88.

(44) Comm. Bruxelles, 13^e ch., 11 mars 1993, inédit, M.C.R. c. Studio Graffiti, R.G. 5.715/91.

(45) J.P. Bruxelles, 2 oct. 1991, *Computerr.*, 1992/2, p. 66 et note J. Keustermans qui attire à juste titre l'attention sur la motivation « inappropriée » du juge de paix sur le délai de protestation des factures; cf. E. Dirix et G.L. Ballon, « Facteur », *A.P.R.*, 1993, p. 121, n° 213.

(46) Civ. Liège, 7^e ch., 1^{er} sept. 1992, inédit, S.L.M. Computerland c. Colette Camus et S.L.M. Computerland c. Agis Systems, R.G. 92/236/A.

16. — L'obligation de restituer :

Prendre livraison, c'est accomplir les actes nécessaires pour que le vendeur puisse effectuer la délivrance (47).

Inversement, lorsqu'un contrat de bail ou de leasing prend fin, l'utilisateur doit restituer le matériel et peut être condamné à effectuer cette restitution, sous peine d'astreinte (48). Le locataire, ayant l'obligation de jouir de la chose en bon père de famille et suivant la destination de celle-ci, doit bien entendu restituer l'ordinateur ou le logiciel en bon état.

§ 2. — Les obligations du fournisseur

17. — Ici aussi, une distinction peut être opérée entre les obligations découlant du principe de l'exécution de bonne foi et les autres.

Avant de les examiner dans le détail, un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 11 mars 1992 (49) mérite d'être signalé, car il contient des éléments permettant de mieux cerner la notion de « vendeur professionnel des logiciels ».

Le juge estime « qu'une banque qui a mis au point un service développant des programmes informatiques complémentaires à son activité bancaire et avec l'objectif que cela profite à cette activité notamment par l'obtention d'un gain de temps et de travail, (...) doit être considérée comme un vendeur professionnel des logiciels en cause ». Le tribunal relève qu'il ne s'agit pas d'une vente occasionnelle d'un objet étranger au commerce de la banque. Il ajoute que « le fait (que la banque) ait joint ses compétences à celles de professionnels de l'informatique extérieurs, dans le cadre d'une sous-traitance, pour élaborer le produit qui forme un tout, n'enlève en rien à cette qualité de vendeur professionnel qui s'attache tant aux fabricants qu'aux marchands ». « (La banque) était présumée connaître, à ce titre, les défauts même cachés des logiciels à l'élaboration desquels elle avait participé et qu'elle vendait » (50).

18. — L'obligation de livrer (à temps) :

La livraison consiste dans la mise à disposition effective de l'acheteur par le vendeur; celle-ci peut se faire même en l'absence de l'acheteur à condition, bien entendu, qu'elle soit — du côté du vendeur — définitive (51).

« Attendu que si l'obligation de réaliser les performances promises par un système informatique est une obligation de moyen, encore celle de livrer un système d'informatique [de cartes de compagnie permettant la distribution de carburant grâce à des cartes magnétiques délivrées par la demanderesse (l'acheteur)] est une obligation de résultat (Van Ommeslaghe, "Examen de jurisprudence - Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, p. 216) » et « que c'est à tort

(47) Comm. Bruxelles, 10 juin 1987, *Computerr.*, 1990/2, p. 86.

(48) Civ. Bruxelles, 6^e ch., 31 janv. 1989, inédit, R.G. 11.672, mentionné en sommaire dans *J.L.M.B.*, 1990, p. 250, 89/995.

(49) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206, *Computerr.*, 1993/4, p. 154.

(50) Dès lors, la banque est tenue de garantir l'acheteur des vices cachés, sauf à démontrer qu'il lui était impossible de déceler le vice (cf. *infra*, n° 22).

(51) Comm. Bruxelles, 10 juin 1987, *Computerr.*, 1990/2, p. 86.

(...) que (le fournisseur) soutient (...) qu'il appartient à (l'acheteur) de rapporter sa faute » (52).

La cour d'appel de Liège décide dans un arrêt du 11 février 1993 (53) qu'en matière informatique, l'obligation de délivrance ne se limite pas à la livraison du matériel informatique, mais comporte également l'installation de ce matériel, c'est-à-dire les opérations de mise en route nécessaires pour rendre opérationnel le système informatique vendu.

Livrer à temps suppose le respect d'un délai qui doit s'apprécier soit par rapport à une échéance convenue expressément, soit (s'il n'y a pas d'échéance convenue) par rapport à un temps normal de rodage et de mise en fonctionnement qui peut atteindre quelques mois eu égard à la complexité technique de la livraison mais ne peut, en aucun cas, « s'éterniser sans que le malheureux utilisateur n'aperçoive le bout du tunnel » (54). « Que si (l'acheteur d'un logiciel) a fait preuve de patience, il ne s'en déduit pas qu'il aurait tacitement renoncé au bénéfice des délais prévus par le cahier des charges » (55).

19. — L'obligation de livrer un objet conforme (56) :

La période commentée a connu en cette matière une jurisprudence abondante qui va dans le même sens que celui relevé dans la chronique précédente (57).

Lorsqu'un accessoire fait défaut et qu'il a une influence substantielle sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble de l'équipement, sa non-livraison constitue un manquement grave au contrat de la part du vendeur justifiant la résolution de la vente à ses torts (58).

« La conformité suppose (...) que l'utilisateur puisse se servir efficacement et normalement de l'objet livré, compte tenu de sa nature et de sa destination » (59); en conséquence, le fournisseur d'un système informatique manque à son devoir de conseil et à son obligation de délivrance d'un objet conforme — c'est-à-dire en l'espèce des programmes utilisables et opérationnels — en ne livrant pas certains acces-

(52) Comm. Bruxelles, 12^e ch., 22 févr. 1993, inédit, Wavre Diesel Motor c. Générale de Banque, R.G. 9850/90.

(53) Liège, 11 févr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 556; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54 et note E. Montero.

(54) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. Lejeune; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1990/5, p. 253.

(55) Civ. Bruxelles, 4^e ch., 30 juin 1995, inédit, Institut d'hygiène et d'épidémiologie c. s.a. Microgest, R.G. 17324/92.

(56) J.-P. Buyle, *op. cit.*, p. 278, n° 55, où l'on rappelle les distinctions entre l'obligation de délivrance d'un objet conforme et l'obligation de garantie des vices cachés.

(57) Bruxelles, 19 nov. 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 504 et note J. Verbist; *D.I.T.*, 1988/1, p. 46 et note E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/1, p. 43 et note E. de Cannart d'Hamale.

(58) Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281; *Computerr.*, 1988/5, p. 250; *D.I.T.*, 1988/4, p. 67.

(59) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. Lejeune; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1990/5, p. 253.

soires (manuels, programmes, ...), et en installant chez l'acheteur un matériel non fiable et non maîtrisé (60).

La notion de conformité « technique » (c'est-à-dire la correspondance du matériel livré aux spécifications du contrat) évolue de plus en plus vers une obligation de conformité « fonctionnelle » : le matériel livré doit correspondre aux besoins réels du client. Le vendeur d'appareillage informatique voit sa responsabilité aggravée, car il ne peut plus se permettre de fournir n'importe quel matériel, pourvu qu'il ait été décrit au contrat, mais il doit au contraire s'enquérir des besoins de l'acheteur et remettre à ce dernier un matériel adapté à ceux-ci (61).

Le fait que le logiciel fourni fonctionne convenablement et satisfait aux performances qui sont normalement attendues dans une entreprise du genre de celle de l'utilisateur est irrelevant dès lors que ce qui a été fourni ne satisfait pas aux besoins concrets de l'entreprise de l'utilisateur (62).

Les défauts de conformité non décelables à l'examen auquel doit procéder tout acheteur normalement diligent et prudent ne sauraient être considérés comme agréés. Dans ces conditions, rien n'exclut que les défauts cachés de conformité donnent lieu à une action fondée sur l'obligation de délivrance d'une chose conforme à la chose vendue, sur base des articles 1184, 1610 et 1611 du Code civil, malgré l'absence de protestations de l'acheteur dans le (bref) délai normal de désagrégation, prévu par l'article 1648 du Code civil en matière de vices rédhibitoires (63).

La résolution judiciaire aux torts du vendeur du contrat conclu est inévitable s'il faut déduire de l'ensemble (...) (des) éléments qu'alors que (le vendeur) avait l'obligation de livrer un logiciel qui fonctionne parfaitement, et qu'il est incontesté que (l'acheteur) ne peut le faire fonctionner de manière satisfaisante, (le vendeur) n'établit pas que son logiciel fonctionne parfaitement et en particulier sur un ordinateur semblable à celui de (l'acheteur), puisqu'il est incontesté qu'il est compatible avec ledit logiciel, et que dès lors seule une cause extérieure au produit vendu est la cause de l'absence de résultat obtenu » (64).

Il est intéressant de relever que la technique de la double réception (terminologie empruntée à la matière du contrat d'entreprise), commence peu à peu à s'imposer dans le domaine informatique où, en présence d'un objet complexe tel

qu'un système informatique, l'appréciation de la conformité n'est pratiquement possible qu'après une période relativement longue d'essais et de tests : la réception provisoire débute d'ordinaire à la livraison du système et la réception définitive est, en principe, prononcée à l'issue de la période de tests. Dès qu'elle est acquise, l'acheteur est censé avoir renoncé aux sanctions du chef de vices apparents. La cour d'appel de Liège a admis, dans son arrêt du 11 février 1993 (65), la reconnaissance tacite par l'acheteur de la conformité à partir du moment où, les tests achevés, il avait commencé à utiliser le système pour encoder les données (66).

Rien n'interdit aux parties de convenir expressément l'étendue de l'obligation de la livraison d'un objet conforme (67).

20. — L'obligation de résultat ou de moyen :

Les quelques décisions prononcées pendant la période examinée persistent à ne pas rentrer dans une classification trop rigoureuse « obligation de moyen ou de résultat » (cf. n° 18 de la chronique précédente).

On se référera à la note intéressante de M. E. Montero (68) à propos de la nature des obligations du conseil en informatique qui sont considérées d'ordinaire comme étant des obligations de moyen mais qui peuvent, dans certaines circonstances, s'analyser en des obligations de résultat.

C'est à juste titre que M. E. Montero nuance quelques considérations reprises par un jugement qui considérerait qu'un conseil en informatique était tenu par une obligation de moyen (69).

« Un contrat d'entreprise (et *a fortiori*, deux contrats d'entreprise) (70) peut donner lieu à la naissance d'obligations diverses, certaines étant de moyen (principe général), d'autres étant de résultat (situation plus particulière) (...).

» La différence entre l'obligation de moyen et de résultat n'a donc d'intérêt que dans le contexte de la charge de la preuve et de l'identification de la faute. (...) Pour identifier si une obligation est de moyen ou de résultat, il faut se référer à l'intention des parties, éventuellement tacite, mais néanmoins certaine. (...) Elle peut aussi résulter implicitement du fait que le maître de l'ouvrage a confié à un spécialiste des tâches qui ne sont utiles qu'à la condition que le résultat final recherché soit atteint » (ce qui était le cas en l'espèce) (71).

21. — L'obligation de conseiller :

Plusieurs décisions importantes ont été prononcées ces dernières années en matière d'obligation de conseil. Une doctrine abondante encadre ces décisions.

Il existe toutefois une certaine confusion en la matière (72). Selon certains auteurs (73), cette obligation est de nature contractuelle et donc sanctionnable par le biais de l'article 1184 du Code civil.

Pour d'autres (74), il s'agit d'une obligation inhérente à la phase précontractuelle : sa violation n'engendre qu'une responsabilité extracontractuelle et, éventuellement, une annulation du contrat pour vice de consentement. Une parfaite application de cette dernière thèse se trouve dans une décision du juge de paix de Wervik du 8 février 1994 (75).

En réalité, il convient de distinguer :

— le devoir de conseil « précontractuel » qui permet à l'utilisateur de donner son consentement en pleine connaissance de cause (*supra*, n° 2);

— du devoir de conseil « contractuel » qui a pour objet l'exécution la plus satisfaisante possible du contrat, conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions (art. 1134, al. 3, C. civ.) (76).

L'étendue de ce dernier devoir de conseil varie en fonction de la nature du contrat. Il peut ainsi présenter un caractère autonome ou accessoire.

Sa modalité la moins intense se manifeste généralement dans les contrats limités à la vente ou à la location de matériels ou de logiciels standards.

Dans d'autres cas, le devoir de conseil prend plus d'importance jusqu'à devenir l'objet essentiel du contrat (contrat de conseil en informatique (77), contrat de maintenance ou d'assistance technique). Le devoir de conseil est ainsi particulièrement accusé en matière de contrat « clé en main » (78) (79).

(60) J.-P. Buyle, *op. cit.*, n° 55, p. 280, explique l'identité de contenu entre l'obligation de conseil et l'obligation de livrer un objet conforme, prônée par une partie de la doctrine et illustrée par le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 2 mai 1988 mentionné *sub* note 59.

(61) B. Lejeune, « Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 518; cf. Civ. Bruxelles, 4^e ch., 30 juin 1995, inédit, Institut d'hygiène et d'épidémiologie c. s.a. Microgest, R.G. 17324/92.

(62) Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 614; *D.I.T.*, 1989/3, p. 54 et note E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1989/4, p. 196.

(63) Mons, 21 juin 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 50; P.-A. Foriers, « Les contrats commerciaux - Chronique de jurisprudence, 1970-1984 », *R.D.C.*, 1987, p. 37. (64) Comm. Bruxelles, 18^e ch., 6 mai 1994, inédit, Agesoc c. Rhesus, R.G. 7.270/93.

(65) Liège, 11 févr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 556; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54.

(66) E. Montero, dans une note sous Liège, 11 févr. 1993, *D.I.T.*, 1993/4, p. 56.

(67) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *Computerr.*, 1993/4, p. 154; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38.

(68) E. Montero, note sous Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 65.

(69) Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61.

(70) En l'occurrence, un contrat de consultation et un contrat de software.

(71) Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, Mecavoloc c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10.557 (appel contre Comm. Charleroi, 18 déc. 1981, *J.T.*, 1983, p. 285, commenté dans la chronique précédente, n° 7, 8 et 9).

(72) « Opvallend is dat vooral bij informaticacontracten de rechtspraak het moeilijk heeft de grens te trekken tussen de precontractuele en contractuele verplichting tot het verstrekken van informatie » : R. Kruitthof, H. Bocken, F. De Ly en B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 286, n° 78; cf. également, L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1981-1991) - Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 209, n° 58.

(73) E. de Cannart d'Hamale, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *R.D.C.*, 1989, p. 568, spéc. p. 576, n° 16 et p. 583, n° 30 (voy., pour le texte néerlandais de cet article, *Computerr.*, 1989/4, pp. 170 et s.).

(74) B. Lejeune, « Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 513.

(75) J.P. Wervik, 8 févr. 1994, *D.I.T.*, 1995/2, p. 59 et note E. Davio.

(76) Cf. Comm. Liège, 5^e ch., 23 oct. 1992, inédit, Laboratoires Marchand c. BIS, R.G. 2486/88.

(77) Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61 et note E. Montero.

(78) Cons. Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. Flamée; *Computerr.*, 1990/2, p. 83 et note M. Flamée; *D.I.T.*, 1989/4, p. 71.

(79) Cf. J.-L. Fagnart, « L'exécution de bonne foi

Mais, dans ces hypothèses, le devoir de conseil n'est, en principe, pas considéré comme une obligation de résultat (80) : ceci, en raison de l'aléa qui affecte toujours le domaine informatique et aussi en raison de l'existence d'une collaboration nécessaire du client (81) qui conditionne également le résultat.

Il existe toutefois des cas où le libellé du contrat peut impliquer que le devoir de conseil s'interprète comme une obligation de résultat :

— lorsque le conseiller s'est engagé à atteindre des résultats précis (82),

— lorsqu'il est stipulé un délai précis auquel est associée une obligation déterminée : compte rendu, remise d'un rapport, ... (83).

Dans certains cas, comme déjà signalé (84), une partie de la doctrine (85) parle d'une identité de contenu entre l'obligation de conseil et l'obligation de livrer un objet conforme.

Cette coïncidence entre les deux concepts apparaît surtout dans la mesure où le devoir de conseil comporte l'obligation de fournir une solution adéquate aux besoins de l'utilisateur (86) (87).

Ce devoir particulier de conseil du fournisseur en informatique impose au fournisseur l'obligation de s'informer (88), d'informer, de conseiller et de mettre en garde (89).

Le devoir de conseil découle de la considération que le fournisseur en informatique est un professionnel et un spécialiste dans une matière de haute technicité et de la présomption que l'utilisateur est un profane dans ce domaine (90).

Manque à son devoir de conseil, le fournisseur d'un système informatique qui promet des performances qu'il savait ou devait savoir, lors de la conclusion du contrat, irréalisables sans de

nombreuses adaptations et ajouts de matériel (91).

Inversement, si l'utilisateur n'est pas un profane en informatique, l'intensité du devoir de conseil du fournisseur s'atténue en fonction du degré d'initiation de l'utilisateur (92).

22. — L'obligation de garantir :

Il importe de rappeler brièvement que l'acheteur mécontent dispose, *in abstracto*, de trois actions.

La première est l'action en nullité qui sanctionne le vice de consentement pour erreur sur la substance de la chose vendue.

Ses conditions d'intentement s'analysent au moment de la formation du contrat.

La deuxième se situe au moment de la délivrance de la chose vendue et permet à l'acheteur qui n'a pas reçu une chose conforme à la chose convenue de demander la résolution de la vente.

La troisième action sanctionne le fait que la chose livrée est atteinte d'un vice caché qui va nuire ou qui nuit gravement à l'usage de la chose. C'est l'action en garantie des vices cachés, dont les effets dépendent du choix de l'acheteur. L'acheteur peut décider de garder la chose et demander la diminution du prix (action estimatoire), tout comme il peut décider de demander la résolution de la vente et donc la restitution du prix (action rédhibitoire).

Les intérêts en jeu méritent également un bref rappel :

a) Quant aux effets :

— l'action en nullité est limitée à la restitution de la chose vendue et du prix, elle ne s'accompagne pas de l'attribution de dommages et intérêts, sauf à prouver une faute supplémentaire sous forme de *culpa in contrahendo*;

— l'action en résolution pour non-conformité permet, outre les restitutions réciproques d'obtenir la réparation de l'intégralité du préjudice (art. 1614 et 1184, C. civ.);

— l'action en garantie des vices cachés donne ouverture, soit à la restitution réciproque, soit à une diminution du prix au choix de l'acheteur. Toutefois, elle ne donne droit à des dommages et intérêts que si le vendeur connaît les vices de la chose vendue (art. 1645, C. civ.).

b) Quant aux délais :

— l'action en nullité se prescrit par dix ans (art. 1304, C. civ.);

— l'action en résolution par trente ans (art. 2262, C. civ.);

(91) Comm. Liège, 5^e ch., 23 oct. 1992, inédit, Laboratoires Marchand c. BIS, R.G. 2486/88.

(92) E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 580, n° 23, Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, Mecavoloc c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10.557 (appel contre Comm. Charleroi, 18 déc. 1991, J.T., 1992, p. 285, commenté dans notre chronique précédente, nos 7, 8 et 9) : « Il n'appartenait pas à I.B.M. (le fournisseur) de pousser plus loin — de son initiative — l'exégèse du cahier des charges, dès lors qu'elle était en présence d'une firme spécialisée (Mecavoloc) qui avait dans ses attributions la charge de choisir l'appareil qui convenait le mieux pour l'utilisateur; dans ce contexte précis, l'appel en garantie est donc sans fondement ».

— l'action en garantie par la fin du bref délai (art. 1645, C. civ.) (93).

L'application de la garantie des vices cachés au domaine informatique est généralement plus difficile à mettre en œuvre :

— Souvent, les expertises ne parviennent pas à déterminer avec certitude l'origine des pannes, ce qui rend difficile, voire impossible, la preuve de l'existence d'un vice au moment de la livraison.

— Ce qui constitue un vice « caché », aux yeux d'un néophyte peut n'être en réalité qu'un vice apparent pour un initié. Or, il est admis que lors de l'agréation, l'acheteur, s'il ne s'estime pas suffisamment compétent, peut se faire assister par un expert. A défaut pour lui d'avoir déployé cette possibilité, il ne peut faire appel à la garantie du vendeur pour des vices objectivement apparents, mais qui lui ont échappé en raison de son inexpérience. Ces difficultés font qu'il est parfois plus avantageux de se placer sur le terrain de la non-conformité, d'autant qu'on admet que l'agréation n'a d'effet que dans la mesure où elle est donnée en connaissance de cause.

Cette conception rend inutile le recours à la théorie des vices cachés fonctionnels. Selon cette théorie, il y a vice caché lorsque la chose vendue, quoique exempte de tout défaut intrinsèque ne répond pas à l'usage que l'acheteur avait en vue, étant bien entendu que cet usage, s'il n'est pas l'usage normal, doit être rentré dans le champ contractuel. Le but est d'empêcher que l'acheteur, après l'agréation, ne se trouve privé de tout recours en raison de l'absence de vice intrinsèque et, ce, alors que la chose ne répond pas à l'usage souhaité.

Cette théorie, adoptée par la Cour de cassation (94), est critiquée par certains auteurs (95) au motif qu'elle entraîne une confusion entre les champs d'application respectifs des actions pour vices cachés, pour erreur sur la substance, et pour manquement à l'obligation de délivrance.

Le nœud du problème réside dans le fait que, selon une partie de la doctrine, le partage entre les domaines d'application de l'obligation de délivrance et de la garantie des vices, devrait se faire selon un ordre chronologique : jusqu'à l'agréation, on serait dans le domaine de la délivrance pour tous les défauts de conformité et les vices apparents; après l'agréation, on entrerait dans le domaine de la garantie (96).

La controverse n'est pas sans incidence pratique :

(93) A. Meinertzhagen-Limpens, « La vente : erreur, non-conformité et vices cachés », *R.G.D.C.*, 1993/3, p. 197, nos 1 et 2 : cette étude très fouillée examine la question très délicate de la détermination du champ respectif des actions en nullité par erreur sur la substance, en résolution pour non-conformité et en garantie des vices cachés; cf. également, L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foiries, *op. cit.*, p. 168, nos 44 à 57.

(94) Cass., 18 nov. 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258; Cass., 19 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1295; Cass., 17 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 566.

(95) P.-A. Foiries, « Les contrats commerciaux - Chronique de jurisprudence, 1970-1984 », *R.D.C.*, 1987, p. 41 et réf. cit.

(96) En ce sens, B. Lejeune, « Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 518.

des conventions : un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285 et s.

(80) E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 577, n° 17; E. de Cannart d'Hamale, note sous Anvers, 7 juin 1988, *D.I.T.*, 1989/3, p. 56.

(81) Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61 et note E. Montero; E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 581, n° 28; E. de Cannart d'Hamale, note sous Anvers, 7 juin 1988, *D.I.T.*, 1989/3, p. 57.

(82) E. Montero, note sous Civ. Bruxelles, 29 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 65; E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 577, n° 18.

(83) *Idem* note 82.

(84) *Supra*, note 60.

(85) B. Lejeune, « Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 518.

(86) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47; *Computerr.*, 1990/5, p. 253.

(87) Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 614; *Computerr.*, 1989/4, p. 196; *D.I.T.*, 1989/3, p. 54 et note E. de Cannart d'Hamale, p. 56.

(88) Comm. Bruxelles, 29 oct. 1987, *J.T.*, 1988, p. 443.

(89) Cf., pour plus de détails, E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 569, nos 3 à 13.

(90) E. de Cannart d'Hamale, *op. cit.*, p. 580, n° 23; Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note M. Flamée; *Computerr.*, 1990/2, p. 83 et note M. Flamée; *D.I.T.*, 1989/4, p. 71.

— l'action basée sur les vices cachés est soumise à la condition du bref délai et requiert la preuve difficile de l'existence du vice au moment de la livraison,

— d'un autre côté, la non-conformité risque d'avoir été couverte par une agrégation donnée inconsidérément.

Plusieurs décisions ont eu à se prononcer sur les différentes théories.

C'est ainsi que le tribunal de commerce de Bruxelles, dans un jugement du 29 octobre 1987 (97), a résolu, en exécution de la garantie des vices cachés due par le vendeur professionnel, la convention à ses torts. On peut se demander si, en l'occurrence, la demande de résolution n'aurait pas dû se fonder sur la non-conformité de la chose vendue puisque le matériel litigieux constituait un tout et que le logiciel, qui en constituait un des éléments essentiels et nécessaires à son fonctionnement comme un tout, était inadéquat et empêchait son bon fonctionnement et puisqu'il fallait tenir compte de la destination donnée et voulue par l'acheteur lors de l'acquisition du matériel.

La cour d'appel de Liège a, à juste titre, décidé dans son arrêt du 8 mai 1992 (98) que, vu le fait qu'il y avait eu agrégation de la marchandise et dès lors reconnaissance de la conformité de la chose livrée aux spécifications contractuelles et l'absence de vices apparents, la seule voie de réclamation encore ouverte était celle de la garantie des vices cachés (99).

En l'espèce, la cour — en confirmant le jugement du tribunal de commerce de Liège — a décidé en outre que l'acheteur n'avait pas agi avec la diligence nécessaire pour faire valoir dans un bref délai les prétendus vices cachés et qu'en conséquence son action était tardive (100).

Fidèle à sa jurisprudence, la cour de Liège explique bien dans un arrêt du 11 février 1993 (101) la différence entre la garantie des vices et l'obligation de délivrer un objet conforme à la chose vendue. Puisqu'en l'occurrence, l'obligation de délivrance était complètement exécutée, l'action devait être examinée sur base des articles 1641 et suivants du Code civil et puisque l'acheteur avait omis d'introduire celle-ci pendant plus de huit mois, la cour l'a considérée souverainement comme tardive.

L'action en garantie des vices cachés aboutit soit à la restitution réciproque soit à une diminution du prix, ceci au choix de l'acheteur. Cependant, ce dernier n'a droit à des dommages et intérêts que si le vendeur connaît les vices de la chose vendue (art. 1645, C. civ.).

Celui-ci sera donc tenu de payer le dommage subi par l'acheteur, sauf s'il démontre que,

(97) Comm. Bruxelles, 29 oct. 1987, *J.T.*, 1988, p. 443.

(98) Liège, 8 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 85.

(99) Chr. Jassogne, « La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières », *Ann. dr. Liège*, 1988, pp. 438 et s.

(100) Sur le bref délai, cons. D. Devos, « Chronique de jurisprudence - Les contrats (1980-1987) - La vente », *J.T.*, 1991, p. 171, n° 30.

(101) Liège, 11 févr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 556; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54 et note E. Montero.

qu'elle qu'ait été sa diligence, il lui était impossible de déceler le vice (102).

A l'occasion d'une ordonnance prononcée par le juge de paix d'Ixelles (103), qui condamne le fournisseur d'un logiciel infecté d'un virus, qui a gravement perturbé le système informatique de l'acheteur, à réparer le préjudice subi, M. O. Lesuisse qualifie dans une note très explicative l'opération en cause et détermine le régime de responsabilité applicable. Analysant le contrat en cause comme une vente et faisant application des principes dégagés par l'arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1971 et de sa conception « fonctionnelle » du vice caché (cf. *supra*, note 94), il conclut, à juste titre, que les quatre conditions indispensables à la mise en œuvre de la garantie des vices cachés sont réunies.

Au surplus, il considère le vendeur comme un spécialiste tenu d'une obligation de résultat en vertu de laquelle il doit fournir un logiciel exempt de tout virus.

C. — L'« *exceptio non adimpleti contractus* »

23. — En cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations (104), le créancier dispose des actions suivantes :

- 1) Il peut exiger l'exécution de l'obligation soit en nature (105), soit, dans des circonstances exceptionnelles, par équivalent.
- 2) Il peut demander de faire application des articles 1143 et 1144 du Code civil et être autorisé à faire exécuter l'obligation par lui-même ou par un tiers aux frais du débiteur.
- 3) Il peut, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, opposer l'exception d'inexécution à son cocontractant.
- 4) Il peut demander, dans le cas d'un contrat synallagmatique, la résolution du contrat sur base de l'article 1184 du Code civil.
- 5) Il peut, selon les circonstances et pour n'importe quel contrat, invoquer éventuellement un droit de rétention.
- 6) Il peut, exceptionnellement, sans recourir préalablement au juge, soit faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur, soit rompre ou résilier unilatéralement la convention. Les juges qui ont dû vérifier ultérieurement, en cas de contestation, dans quelle mesure il n'avait pas été fait abusivement usage de ces exceptions, ont admis celles-ci entre autres en matière de ventes commerciales de marchandises et de contrats d'entreprises (106).

24. — L'« *exceptio non adimpleti contractus* » n'implique aucune intervention préalable du

(102) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *Computerr.*, 1993/4, p. 154; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38.

(103) J.P. Ixelles, 21 janv. 1994, *J.P.P.*, 1995, p. 153 et note O. Lesuisse.

(104) A l'exclusion de la théorie des risques ou de la force majeure qui implique l'inexécution du contrat sans faute de la part du débiteur.

(105) A condition, bien entendu, qu'il ait lui-même exécuté ses propres obligations, cf. *supra*, note 51 : Comm. Bruxelles, 10 juin 1987, *Computerr.*, 1990/2, p. 86.

(106) Sur l'évolution récente de ces exceptions dans la jurisprudence, cf. E. Dirix et A. Van Oevelen, *op. cit.*, p. 1236, n° 64; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 587, n° 284.

juge, mais ce dernier doit éventuellement vérifier après coup dans quelle mesure l'exception d'inexécution a été invoquée à bon escient.

Cette exception suppose bien entendu l'inexécution de l'obligation d'une des parties contractantes; en conséquence, l'action de l'acheteur de matériel informatique ne peut être fondée sur l'« *exceptio non adimpleti contractus* », si le vendeur a livré tout ce à quoi il s'était engagé (107).

Invoque à juste titre l'exception d'inexécution, le fournisseur d'un système informatique qui, sur base du non-paiement de la part du donneur d'ordre, suspend sa prestation de services (108).

D. — La rupture ou la résiliation unilatérale décidée par le créancier (109)

25. — Le prestataire de services en vue de l'informatisation de l'entreprise du donneur d'ordre a, en cas de défaut de paiement de sommes importantes, non seulement le droit de suspendre sa prestation de services mais également le droit de mettre fin au contrat (110).

Dans un jugement prononcé le 29 mars 1988, le tribunal de commerce de Bruxelles (111) a estimé que la rupture ou la résiliation unilatérale du contrat de location d'ordinateur par le locataire était fautive, puisqu'il n'établissait pas l'existence du manquement contractuel qu'il reprochait au bailleur et qui justifiait dans son esprit la rupture des relations contractuelles.

La cour d'appel de Mons a condamné, à la suite de très longues considérations dans lesquelles est expliquée la différence entre « la résolution, qui intervient en principe *ex tunc* et la résiliation, qui intervient en principe *ex nunc* », l'acheteur d'un système informatique qui s'était montré extrêmement sévère et excessivement intransigeant vis-à-vis d'un spécialiste en informatique en rompant unilatéralement et anticipativement le contrat conclu, en statuant que « les circonstances de la rupture anticipée sont révélatrices d'une faute contractuelle dans le chef de l'acheteur ». Ensuite, la cour décide « qu'il y a lieu de replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si cette rupture intempestive n'était pas intervenue » afin de pouvoir, partant de cette hypothèse, mieux déterminer les responsabilités réciproques des parties contractantes (112).

(107) Liège, 11 févr. 1993, *J.T.*, 1993, p. 556; *D.I.T.*, 1993/4, p. 54 et note E. Montero : en l'occurrence, la Cour examine également l'action sur base des articles 1641 et s. du Code civil - voy. *supra*, note 101.

(108) Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124; *Turnh. Rechtsl.*, 1992, p. 29.

(109) Pour plus de détails, voy. l'étude très complète sur la rupture unilatérale d'un côté et la résolution judiciaire de l'autre côté de S. Stijns, in *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, 1994.

(110) Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124; *Turnh. Rechtsl.*, 1992, p. 29.

(111) Comm. Bruxelles, 29 mars 1988, *D.I.T.*, 1989/4, p. 76.

(112) Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, Mecavoloc c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10.557 (appel contre Comm. Charleroi, 18 déc. 1981, *J.T.*, 1983, p. 285, commenté dans la chronique précédente, n° 7, 8 et 9).

La différence entre la résolution et la résiliation se retrouve dans un jugement du tribunal de commerce de Liège qui, en considérant que, puisque la rupture des relations entre parties, était déjà bel et bien consommée, il y a lieu de prononcer non pas la résolution du contrat de fourniture d'un système laboratoire, mais sa résiliation et « qu'en égard à l'efficacité des fautes contractuelles en présence, les parties devront supporter la responsabilité de la résiliation, chacune à concurrence de la moitié » (113).

E. — La résolution judiciaire

26. — Le mécanisme général est bien connu et constitue la sanction la plus fréquemment invoquée par les parties : si l'une des parties à un contrat synallagmatique n'exécute pas ses obligations, son cocontractant a le choix entre la poursuite de l'exécution en nature ou l'intentement d'une action tendant à la résolution judiciaire de celui-ci aux torts du cocontractant défaillant, sans préjudice à l'allocation des dommages-intérêts si la résolution ne suffit pas à réparer les conséquences dommageables de cette inexécution (114).

On sait que quatre conditions de fond sont nécessaires à la prononciation par le magistrat de la résolution judiciaire du contrat.

Tout d'abord, seuls les contrats synallagmatiques peuvent être résolus.

Il faut, en deuxième lieu, qu'une obligation n'ait pas été exécutée.

Cette inexécution doit être de plus fautive : si la méconnaissance par le débiteur de son obligation est normalement fautive, la force majeure peut toutefois, par exception, délier celui-ci de son engagement (cf. *sub F*).

Enfin, l'inexécution fautive de l'obligation doit revêtir un caractère de gravité.

Lorsque la résolution est prononcée par le juge, elle agit en principe avec effet rétroactif, sauf en ce qui concerne la convention à prestations successives où la résolution ne saurait sortir ses effets *ex tunc*, puisque la restitution des prestations antérieures est impossible (115). La résolution s'effectuera *ex nunc* lorsque les restitutions sont effectivement impossibles.

Les cas d'application sont multiples pendant la période commentée :

— Lorsque l'absence d'un accessoire a une influence substantielle sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble d'un

équipement, la non-livraison de cet accessoire constitue un manquement grave au contrat de la part du vendeur justifiant la résolution de la vente à ses torts (116).

— Lorsque le fournisseur d'un système informatique manque à son devoir de conseil et à son obligation de délivrance d'un objet conforme en ne livrant pas certains accessoires, la prononciation de la résolution de la convention aux torts de ce vendeur par application de l'article 1610 du Code civil est inévitable d'après le tribunal de première instance de Bruxelles (117).

— Lorsque le vendeur d'un logiciel n'a pas livré ce qui a été commandé, l'acheteur est fondé — en application de l'article 1184 du Code civil — à postuler (à titre reconventionnel) la résolution du contrat aux torts du vendeur (118).

— Lorsque le vendeur manque à son obligation de délivrer une chose conforme et que l'exécution en nature se révélerait sans aucun intérêt pour l'acheteur compte tenu de l'évolution de la technologie, particulièrement dans le domaine de l'informatique et de la bureautique depuis près de sept années (!), la seule sanction adéquate du comportement du vendeur apparaît bien être la résolution de la convention litigieuse sur base des articles 1184, 1610 et 1611 du Code civil et la condamnation de chacune des parties à la restitution de tout ce qu'elle a reçu en exécution de ladite convention (119).

— Lorsque les parties à un contrat de vente de logiciels ont défini contractuellement l'obligation du vendeur de livrer une chose conforme, comme une obligation de moyen, l'inexécution de cette obligation n'engage la responsabilité du vendeur sur base de l'article 1184 du Code civil, que s'il est établi qu'il a commis une faute. Une telle faute n'est pas établie si le vendeur démontre avoir tenté par divers moyens de régler le problème des imperfections nuisibles des logiciels. De plus, les usages de l'informatique tolèrent une certaine marge de difficultés et un certain taux d'indisponibilité des systèmes. Une résolution sur base de l'article 1184 du Code civil n'est dès lors pas justifiée (120).

— La résolution judiciaire aux torts du vendeur d'un logiciel servant à faire passer des tests de recrutement doit être prononcée s'il est clair et évident que le vendeur a manqué à son obligation de livrer un objet conforme; il doit en conséquence rembourser le prix et dédom-

mager en plus l'acheteur pour le préjudice encouru (121).

— Lorsque le retard dans la livraison ne revêt pas un caractère substantiel, le manquement du fournisseur d'un système informatique à son obligation de livrer les logiciels dans le délai convenu, n'a pas été considéré suffisamment grave pour justifier la résolution; une indemnité forfaitaire est quand même attribuée pour indemniser la perturbation dans l'organisation de l'activité de l'acheteur (122).

— La livraison — en dehors des délais prévus dans le cahier des charges — d'un logiciel n'offrant pas les résultats promis, justifie la résolution aux torts du vendeur (123).

F. — La force majeure et l'imprévision

27. — En cas de force majeure ou, plus généralement, en présence d'une cause étrangère exonératoire, le débiteur est délié de ses obligations sans devoir payer des dommages-intérêts. Corrélativement, dans un contrat synallagmatique, son cocontractant est également libéré, en vertu de la théorie des risques.

L'événement exonératoire doit être imprévisible et inévitable, c'est-à-dire non imputable, même partiellement, à un fait du débiteur. De plus, l'exécution de l'obligation doit être totalement impossible (124).

Ainsi, il a été jugé que l'interdiction faite par les autorités américaines d'exporter du matériel informatique et des logiciels provenant des Etats-Unis constituait un cas de force majeure permettant au fournisseur belge de résilier sa convention avec l'acheteur (125) (126).

On se demande cependant si dans le cas d'espèce, toutes les conditions de la force majeure étaient bien réunies : les deux parties ont agi en connaissant parfaitement les risques d'une éventuelle interdiction d'exportation et le jugement ne mentionne pas expressément s'il était impossible pour le vendeur de se procurer ces marchandises ailleurs.

28. — « La théorie de l'imprévision — plus souple dans ses conditions d'application que la force majeure — tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il

(113) Comm. Liège, 5^e ch., 23 oct. 1992, inédit, Laboratoires Marchand c. BIS, R.G. 2486/88.

(114) P. Van Ommeslaghe, « La sanction de l'inexécution du contrat », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau, 1984, p. 222, n° 27; E. Dirix et A. Van Oevelen, *op. cit.*, p. 1234, n° 61-62-63; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 575, n° 272 à 289; S. Stijns, « Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst : mogelijkheden en moeilijkheden - Het arrest van het Hof van cassatie van 15 april 1994 », *R. Cass.*, 1994, p. 230.

(115) Comm. Bruxelles, 11^e ch., 17 janv. 1992, inédit, Randaxhe c. Fédération nationale des Unions des classes moyennes c. Barclays International Crédit c. Domont et Randaxhe c. D.G.T.R., R.G. 10.672/90 et 4.883.91.

(116) Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281 et obs.; *Computerr.*, 1988/5, p. 250; *D.I.T.*, 1988/4, p. 67; cité par L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foriers, *op. cit.*, p. 168, n° 35.

(117) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. Lejeune; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1990/5, p. 253. Pour le lien entre l'obligation de conseil et l'obligation de livrer un objet conforme, voy. *supra*, notes 60 et 84.

(118) Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 614; *Computerr.*, 1989/4, p. 196; *D.I.T.*, 1989/3, p. 54 et note E. de Cannart d'Hamale.

(119) Mons, 21 juin 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 50; cité par L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foriers, *op. cit.*, p. 168, n° 35, et après la réouverture des débats Mons, 2^e ch., 12 févr. 1991, inédit, Richir c. Bigest Data Center, R.G. 12.828.

(120) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *Computerr.*, 1993/4, p. 154; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38.

(121) Comm. Bruxelles, 18^e ch., 6 mai 1994, inédit, Agosoc c. Rhesus, R.G. 7.270/93.

(122) Comm. Bruxelles, 18^e ch., 30 déc. 1994, inédit, s.p.r.l. Burolog c. s.a. Halbart International East, R.G. 14.049/91.

(123) Civ. Bruxelles, 4^e ch., 30 juin 1995, inédit, Institut d'hygiène et d'épidémiologie c. s.a. Microgest, R.G. 17324/92.

(124) M. Fontaine, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau, 1984, p. 186, n° 46 et s.; E. Dirix et A. Van Oevelen, *op. cit.*, p. 1249; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 515, n° 221 et s.

(125) Comm. Anvers, 28 avril 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 413 et note H. Van Houtte; *Computerr.*, 1989/5, p. 254 et note J. Keustermans.

(126) Cf. H. Van Houtte, « The impact of trade prohibitions on transnational contracts », *R.D.A.I.*, 1988, pp. 141 et s. (spéc. p. 147).

soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte » (127).

M. E. Montero a, fort justement, examiné l'éventuelle application du fait du prince (la force majeure) et de la théorie de l'imprévision à la suite de l'incidence des changements intervenus dans la législation sociale qui influencent la conception d'un logiciel commandé (128).

Après avoir illustré les clauses dites de maintenance-adaptation « légale » et de maintenance-adaptation « technique » qu'offre le droit des contrats pour se prémunir contre d'éventuels changements légaux ou techniques, il conclut dans le cas d'espèce que ni la théorie de l'imprévision, ni la force majeure ne s'appliquent.

En effet, l'événement considéré (le changement de la législation sociale) n'échappe pas à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance (théorie de l'imprévision); en plus, ce même motif, doublé de l'absence d'impossibilité absolue d'exécution, ne permet pas non plus d'invoquer avec succès le changement de législation comme cause étrangère (129).

G. — La détermination du dommage (130)

§ 1^{er}. — La résolution judiciaire

29. — « Attendu que le cocontractant d'un contrat de fourniture d'un ensemble informatique déclaré nul du chef d'erreur sur la substance ne puisse pas dans ce mode de dissolution du contrat le droit de réclamer des dommages et intérêts à son cocontractant à qui nul dol n'est imputé » (131).

30. — En exécution de la garantie des vices cachés due par le vendeur professionnel, la convention étant résolue aux torts du vendeur, celui-ci est tenu d'indemniser l'acheteur de l'intégralité du préjudice, en ce compris le dommage commercial résultant de la protestation abusive d'une traite et de la publication du protêt (132).

Dans l'hypothèse de la résolution d'un contrat de vente de logiciels pour vices cachés, l'acheteur a droit à des dommages-intérêts pour les dommages prévisibles au moment de la formation du contrat qui sont la suite directe de la déficience du logiciel (cf. note 27 de la chronique précédente), c'est-à-dire la différence entre le prix total d'achat d'un nouveau programme et le prix du logiciel litigieux, ainsi que

le coût de travaux d'un informaticien externe à cause du vice du matériel vendu (133).

Le tribunal de commerce de Bruxelles a décidé qu'outre la résolution aux torts du vendeur de la vente d'un logiciel servant à faire passer des tests de recrutement, celui-ci doit rembourser le prix d'achat et le prix des cours devenus inutiles à la suite de la résolution (majoré des intérêts moratoires et judiciaires) et payer en plus une somme de 250.000 FB « pour le dommage que l'acheteur a subi du fait de l'utilisation d'un produit défectueux, des résultats des tests qui furent perdus, des tests qui durent être repassés (et) des mesures alternatives qu'elle dut trouver » (134).

§ 2. — La responsabilité contractuelle

31. — A la suite d'un retard de livraison d'un système de cartes de compagnie, le fournisseur est tenu d'indemniser l'acheteur pour le manque à gagner relatif au travail comptable puisqu'il « ne peut être sérieusement contesté que le système de cartes de compagnie était de nature à alléger le travail administratif et comptable de l'acheteur ». Le prétendu préjudice pour la perte sur clientèle potentielle est hypothétique et partant n'est pas dû, de même que la perte sur effort de promotion puisque là non plus l'acheteur ne produit aucun élément de nature à établir ce dommage (135).

Le juge de paix d'Ixelles (136) déclare fondée l'action de l'acheteur qui tend à entendre condamner le vendeur à payer une somme à titre de préjudice subi à la suite de l'installation d'un logiciel autour duquel il existe « à tout le moins des présomptions graves, précises et concordantes que c'est bien le logiciel fourni par (le vendeur) qui a contaminé l'installation de (l'acheteur) ... par le virus Tequila ».

H. — Les clauses conventionnelles exonératoires ou limitatives de responsabilité (137)

32. — Il convient de rappeler que l'obligation d'information et de conseil est essentielle en matière informatique : de sa correcte exécution dépend souvent la réussite du projet. Il en résulte que les clauses par lesquelles le fournisseur tente d'y échapper ne sont pas admissibles (138).

(133) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *Computerr.*, 1993/4, p. 154.

(134) Comm. Bruxelles, 18^e ch., 6 mai 1994, inédit, Agesoc c. Rhesus, R.G. 7.270/93.

(135) Comm. Bruxelles, 12^e ch., 22 févr. 1993, inédit, Wavre Diesel Motor c. Générale de Banque, R.G. 9850/90.

(136) J.P. Ixelles, 21 janv. 1994, inédit, Certo c. Trial, R.G. 9658.

(137) E. Dirix et A. Van Oevelen, *op. cit.*, p. 1234, n^{os} 59 et 60; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 528, n^{os} 226 à 234.

(138) B. Lejeune, « Devoir de conseil et obligation de délivrance du fournisseur en informatique », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1983, p. 519; E. de Cannart d'Hamale, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *R.D.C.*, 1989, p. 568, voy. spéc., p. 582, n^o 29 (voy., pour le texte néerlandais de cet article, *Computerr.*, 1989/4, pp. 170 et s.).

La cour d'appel de Bruxelles (139), qui sanctionne le manquement au devoir de conseil par annulation du contrat de fourniture d'un système informatique sur base de l'erreur, étend cette nullité à la clause de non-responsabilité y contenue (140).

A l'occasion de la résolution d'une fourniture d'un système informatique aux torts exclusifs du fournisseur (qui manque à son devoir de conseil et à son obligation de délivrance d'un objet conforme), le tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que les trois clauses exonératoires de responsabilité invoquées par ce fournisseur ne sont pas pertinentes et peuvent voir leur légitimité mise en cause. Le tribunal se montre ici particulièrement sévère et rejette en fait les arguments du fournisseur fondés sur l'obligation de l'acheteur de respecter la loi des parties (141).

Le fournisseur d'un système de cartes de compagnie ne peut, en cas de livraison tardive, invoquer les clauses d'exonération de responsabilité contenues dans la convention; en effet, de telles clauses sont de stricte interprétation et aucun des manquements mentionnés dans cette clause ne concernait le retard de livraison : « c'est partant à tort que (le fournisseur) invoque ces dispositions contractuelles; que (le fournisseur) ne peut dès lors s'exonérer de sa responsabilité » (142).

I. — La clause pénale (143) (144)

33. — Les clauses pénales sont des conventions par lesquelles les parties évaluent préalablement le montant des dommages-intérêts qui seront dus à la partie lésée, en cas d'inexécution par l'autre de ses obligations, ou même en cas de retard dans l'exécution. De telles clauses se rencontrent surtout dans les contrats de vente et de location.

Pour autant qu'elles revêtent un caractère indemnitaire, les clauses pénales sont licites.

Une clause pénale de 15 % est généralement acceptée telle quelle (145).

Le tribunal de commerce de Bruxelles a, par jugement du 29 mars 1988 (146), eu l'occasion de se pencher sur une clause conventionnelle de ce type.

(139) Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140; *Computerr.*, 1990/2, p. 83; *D.I.T.*, 1989/4, p. 71.

(140) M. Flamée, note sous Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 149.

(141) Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. Lejeune; *D.I.T.*, 1990/1, p. 47 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1990/5, p. 253.

(142) Comm. Bruxelles, 12^e ch., 22 févr. 1993, inédit, Wavre Diesel Motor c. Générale de Banque, R.G. 9850/90.

(143) En matière de clauses relatives aux intérêts conventionnels dus en cas de retard de paiement, cons. Civ. Liège, 13 oct. 1988, *Pas.*, III, 1989, p. 42; *J.L.M.B.*, 1989, p. 741 et note P. Kileste.

(144) E. Dirix et A. Van Oevelen, *op. cit.*, p. 1230, n^{os} 50 et 51; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, p. 663, n^{os} 352 à 359.

(145) Civ. Liège, 7^e ch., 1^{er} sept. 1992, inédit, S.L.M. Computerland c. Colette Camus et S.L.M. Computerland c. Agis Systems, R.G. 92/236/A.

(146) Comm. Bruxelles, 29 mars 1988, *D.I.T.*, 1989/4, p. 76.

En l'espèce, après deux ans d'exécution d'un contrat de location conclu pour soixante mois, un locataire, après s'être plaint du matériel livré, propose au bailleur soit une rupture amiable, soit le remplacement du matériel. Devant le refus du bailleur, le locataire rompt unilatéralement le contrat.

L'action en justice porte sur l'application d'une clause pénale prévoyant comme indemnité de résiliation fautive le paiement des loyers restant à courir jusqu'au terme du contrat (147). Le tribunal donne raison au fournisseur, déclare la résiliation fautive et condamne le locataire au paiement de la clause pénale.

Un jugement inédit prononcé par le tribunal de première instance de Bruxelles (148) va dans le même sens :

« Une telle clause n'apparaît pas excessive et ne relève pas, dans le chef (du bailleur), une intention de spéculation illicite sur l'inexécution du contrat par (le locataire). Elle conserve le caractère indemnitaire raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat, qui sert de critère d'appréciation de sa validité ».

J. — L'unité du contrat

34. — L'opération d'informatisation se réalise, le plus souvent, par la conclusion de plusieurs contrats.

Cette multiplication des contrats trouve son origine dans deux situations distinctes. D'une part, elle peut découler d'une pluralité de fournisseurs auprès desquels l'utilisateur se procure plusieurs éléments (ordinateur, logiciel, matériels périphériques tels écrans, claviers, ...). Il peut également faire appel à un financement, une société de conseil, une entreprise de téléphonie. D'autre part, il peut se trouver en face d'un seul fournisseur lui offrant le tout; mais comme ce dernier a le plus fréquemment recours à l'unbundling, c'est-à-dire la technique consistant à découper les prestations du fournisseur en différentes opérations singulières, l'utilisateur se retrouvera à nouveau confronté à plusieurs contrats distincts (cf. la chronique précédente, n° 30).

Cette multiplication des contrats n'est pas sans poser certains problèmes à l'utilisateur, en raison du principe juridique de l'isolationnisme contractuel.

Ce principe signifie que les contrats sont considérés comme des actes juridiques autonomes qui ne sont pas des moyens, mais qui portent leur fin en eux-mêmes.

Il se déduit de l'article 1134 du Code civil, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et de l'article 1165 du Code civil, selon lequel « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

Ce principe aboutit à l'affirmation que « les vicissitudes d'un contrat, peu importe leur am-

pleur et leurs conséquences, ne peuvent préjudicier ni remettre en cause l'existence d'un autre contrat » (149).

Ce principe entraîne deux dangers pour l'utilisateur. D'une part, un fournisseur ayant déjà signé un contrat ne peut être forcé de signer un autre contrat. *A fortiori*, un tiers ne peut être tenu de signer un contrat par le seul fait de la signature préexistante d'autres contrats. D'autre part, en cas de difficultés apparaissant dans l'une des étapes de l'opération d'informatisation (due, par exemple, à la résolution d'un des contrats), l'utilisateur ne pourrait remettre en cause les autres contrats.

Dans les deux cas, l'utilisateur risque de se retrouver avec un ensemble incomplet et inutilisable. Il existe toutefois deux types de tempérament au principe de l'isolationnisme, l'un contractuel, l'autre prétoire.

Les tempéraments contractuels consistent, pour l'utilisateur, à améliorer contractuellement sa situation, par le biais de certaines clauses. On pense à la condition suspensive, par laquelle on subordonne la prise d'effet d'un contrat à la signature d'un autre contrat, à la condition résolutoire, par laquelle on fait dépendre la vie d'un contrat de celle d'un autre contrat, à la clause selon laquelle un prestataire affirme être au courant ou conseiller l'acquisition de telle solution auprès de tel contractant... Il peut encore s'agir, pour l'utilisateur, de faire signer un cahier des charges par toutes les parties.

Un autre tempérament à l'isolationnisme contractuel est apporté par la reconnaissance par la jurisprudence actuelle rendue en matière informatique, de la théorie des « groupes de contrat », selon laquelle « si plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être, ils constituent un groupe susceptible, en cette qualité de retenir l'attention » (150) (151).

La cour d'appel de Bruxelles confirme sa jurisprudence antérieure (152), dans son arrêt du 17 février 1987 (153).

En l'espèce, les parties avaient signé deux contrats; le premier intitulé contrat de vente et d'assistance technique, le second ayant pour objet l'utilisation d'un programme.

Quelques temps après, le client s'était plaint de défauts du système informatique. Le fournisseur lui avait proposé l'annulation du contrat relatif au programme logiciel et avait invoqué

une clause contractuelle contenue dans la convention de vente pour obtenir l'exécution de la convention portant sur le hardware.

La cour a décidé que même distincts quant à leur instrumentum, les deux contrats ne contenaient chacun qu'un instrumentum partiel d'un *negotium* qui revêtait les caractéristiques d'un contrat « clé en main ».

Il ne peut donc être question pour un fournisseur d'annuler l'instrumentum portant sur le logiciel alors que le hardware privé de software devient sans intérêt.

Parmi les différentes décisions qui ont aussi accepté la notion d'interdépendance des contrats (154), relevons une très intéressante ordonnance prononcée par le président du tribunal de commerce de Bruxelles le 15 octobre 1990, dans le cadre de l'affaire dite « V. Conseil » (155).

A la suite d'un examen minutieux des conventions conclues (156), le président estime que « le contrat de location conclu entre le locataire et l'organisme de financement l'était nécessairement et obligatoirement en fonction du contrat conclu entre V. Conseil et l'organisme de financement et que, les relations entre V. Conseil et le locataire consistaient en une fourniture de prestations échelonnées et le contrat de location étant conclu en pleine connaissance de cause de la part de l'organisme de financement, cela impliquait nécessairement que, dans l'hypothèse d'une défaillance dans les prestations échelonnées, le contrat de location du matériel qui (était) nécessaire à ces prestations devint sans objet ».

Le tribunal de commerce de Bruxelles (157) confirme cette analyse qui décide dans la même affaire dite « V. Conseil » (mais dans une action intentée par un autre locataire) en décidant que « les éléments du dossier analysé (...) démontrent que V. Conseil (tombé en faillite entre-temps) et l'organisme financier ont agi de concert en proposant (le locataire), à l'initiative de V. Conseil, une opération économique unique, même si elle était concrétisée par trois conventions, et dont elle ne devait supporter qu'une charge minime; ... dès lors que les contrats étaient indissociables, ce qui était connu de toutes les parties, la défaillance de V. Conseil dans la fourniture de ses prestations éche-

(154) Comme par exemple, Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281 et obs.; *Computerr.*, 1988/5, p. 250; *D.I.T.*, 1988/4, p. 67; Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, *Mecavoloc* c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10557 (appel contre Comm. Charleroi, 18 déc. 1981, *J.T.*, 1983, p. 285, commenté dans la chronique précédente, nos 7, 8 et 9).

(155) Comm. Bruxelles, réf., 15 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 216 et note F. Glansdorff; *DA/OR*, 1991, n° 20, p. 59.

(156) Un contrat de location de « borne télématique » entre un établissement financier et un commerçant, un contrat complexe entre ce même client et V. Conseil par lequel cette dernière louait des pages-écrans pour diffuser des messages publicitaires, assurait et entretenait le système... le client acceptant de relier téléphoniquement son matériel à V. Conseil.

(157) Comm. Bruxelles, 17 janv. 1992, inédit, *Randaxhe/Fédération nationale des Unions des classes moyennes c. Barclays International Credit/Domont et Randaxhe* c. D.G.T.R., R.G. 10.672/90 et 4.883/91.

(147) Cons. P. Kileste, D. Buysschaert et N. Penning, « De l'application de la clause pénale en matière de contrats de leasing », *R.D.C.*, 1992, pp. 552 et s.

(148) Civ. Bruxelles, 6^e ch., 31 janv. 1989, inédit, R.G. 11.672, mentionné en sommaire dans *J.L.M.B.*, 1990, p. 250, n° 89/995.

(149) Y. Pouillet, in « Le droit des contrats informatiques - Principes - Applications », *Précis de la Faculté de droit de Namur*, 1983, t. IV, p. 41.

(150) B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse, Montpellier, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 62.

(151) Pour l'évolution récente de cette notion en doctrine et en jurisprudence, cf. l'excellente contribution de X. Dieux, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources ! », in *Les obligations en droit français et en droit belge / Convergences et divergences*, Bruxelles, 1994, pp. 109 à 151, spéc. p. 111.

(152) Bruxelles, 26 janv. 1984, *Dr. inform.*, 1985/4, p. 24; *Computerr.*, 1985/4, p. 20; Bruxelles, 10 avril 1986, *Dr. inform.*, 1986/4, p. 232 et note Y. Pouillet; *Computerr.*, 1987/1, p. 31 (voy. la chronique précédente, p. 104, n° 30).

(153) Bruxelles, 17 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1989/2, p. 140 et note F. Flamée, *D.I.T.*, 1989/4, p. 71; *Computerr.*, 1990/2, p. 83.

lonnées entraînait nécessairement la caducité du contrat de location par suite de la disparition de son objet et sa dissolution de plein droit ».

K. — Le leasing (158)

35. — D'après le tribunal de première instance Liège (159), le logiciel constitue, en tant que complément indispensable à l'utilisation du matériel informatique à des fins professionnelles, aussi bien que le matériel informatique ou hardware, un bien d'équipement pouvant faire l'objet d'un contrat de location-financement ou leasing.

Cette décision doit être approuvée (160).

En matière de leasing, le bailleur peut, par des clauses générales ou particulières du contrat, se décharger de la plupart des obligations lui incombant normalement.

La plupart des conditions générales des contrats de leasing prévoient la dévolution au locataire de l'ensemble des risques et charges (surtout vices cachés et conformité) se rapportant aux biens donnés en leasing.

Ces clauses s'expliquent par le fait que la société de leasing souhaite limiter son rôle au financement de l'opération (161). Souvent, elles s'accompagnent d'une clause qui organise le transfert des droits et actions à l'encontre du vendeur au profit de l'utilisateur. La doctrine voit parfois un lien entre ces types de clauses, qui impliqueraient qu'en l'absence de transfert, la clause d'exonération de la garantie du bailleur ne serait pas valable (162).

Dans une espèce soumise au président du tribunal de commerce de Bruxelles (163), les conditions générales de la société de leasing prévoyaient que :

— le locataire renonce expressément à tout recours vis-à-vis du bailleur ainsi qu'à différer

ou interrompre le paiement régulier des loyers au cas où, pour une raison indépendante de la volonté du bailleur, le matériel n'est pas livré dans les conditions et selon les modalités convenues, n'est livré que partiellement, n'assure pas le rendement escompté, est atteint de vices cachés le rendant impropre à l'usage auquel il est destiné;

— le locataire exonère expressément le bailleur de toute responsabilité à raison de l'éviction ou des vices cachés pouvant affecter le matériel loué nonobstant l'article 1721 du Code civil.

Le président du tribunal de commerce conclut que :

— la doctrine rappelle à cet égard que le bailleur peut se décharger de son obligation d'entretien ou de la garantie des vices ou défauts (art. 1720 et 1721, C. civ.);

— dans les conditions générales, le locataire a expressément accepté cette dérogation aux dispositions de l'article 1721 du Code civil;

— en contrepartie de l'exonération de cette garantie, le contrat prévoit expressément que les actions en garantie ou en responsabilité seront intentées directement par le locataire contre le fournisseur;

— il découle dès lors de tout ce qui précède que la clause exonératoire (la dernière citée) est claire et tout à fait licite.

Dans le même ordre d'idées, le tribunal de commerce de Bruxelles (164) reconnaît comme parfaitement valables les clauses conventionnelles par lesquelles :

— le lessor-acheteur cède au lessee tous les recours dont il dispose à l'égard du vendeur fabricant, en ce compris l'action en résolution de la vente (165).

Il est important de souligner que la doctrine défend en général le contraire (166).

— le lessee renonce à toute action contre le lessor pour le cas où l'équipement ne pourrait être utilisé en raison des faits non imputables au lessor.

Une autre question se pose en cas d'annulation ou de résolution du contrat de vente à la suite de l'action formée par l'utilisateur en vertu de la « clause de transfert ». Cette annulation autorise-t-elle le locataire/utilisateur à poursuivre ensuite l'annulation du contrat de location-

financement lui-même malgré la présence d'une clause de non-recours ?

La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 19 novembre 1986, répond par la négative (167).

De même, le tribunal de commerce de Bruxelles refuse de déclarer la résolution du contrat de location-financement alors que la vente est déclarée résolue (168).

L'ordonnance du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 15 octobre 1990 (169) prononcée dans l'affaire dite V. Conseil, constitue la première brèche dans cette tendance jurisprudentielle.

Dans un cas de renting (et donc pas de véritable location-financement) et en référé (donc en vue d'aménager une situation d'attente), le président décide de suspendre temporairement l'exercice par l'organisme financier de son droit au paiement du loyer.

Dans cette même affaire V. Conseil (mais dans le cadre d'une action intentée par un autre locataire contre entre autres le curateur de V. Conseil, tombée en faillite entre-temps), la 11^e chambre du tribunal de commerce de Bruxelles, se basant sur l'opération économique unique, décide que « dès lors que les contrats étaient indissociables, ce qui était connu de toutes les parties (y compris l'organisme financier), la défaillance de V. Conseil, dans la fourniture de ses prestations échelonnées entraînait nécessairement la caducité du contrat de location (et non pas de location-financement) par suite de la disparition de son objet, et sa dissolution de plein droit.

La borne télématique n'étant plus alimentée par le centre serveur V. Conseil, devenait sans intérêt et ne répondait plus aux objectifs fixés; V. Conseil étant en faillite, l'objet de l'obligation essentielle de l'organisme financier a disparu totalement.

Dans ces conditions, l'organisme financier ne pouvait plus exiger (du locataire) l'exécution de l'obligation de paiement des loyers, car il existe un lien indissociable entre la fourniture des images et la location de la borne télématique » (170).

36. — Face à ces clauses contractuelles — particulièrement dans les contrats de leasing, mais

(158) Mons, 5 févr. 1991, *DA/OR*, 1991, n° 18, p. 30 donne la définition de leasing (d'un ordinateur) et décrit les obligations des parties intervenantes; cf., dans la chronique précédente n° 31, un jugement du tribunal de première instance (*Dr. inform.*, 1987/2, p. 132; *Computerr.*, 1987/4, p. 240) qui a analysé correctement la nature juridique (« louage de chose mobilière, un bail de meuble » et non pas un leasing) du contrat conclu entre parties.

(159) Civ. Liège, 13 oct. 1988, *Pas.*, 1989, III, p. 42; *J.L.M.B.*, 1989, p. 741.

(160) Dans le même sens, G. Bogaert, « Leasing van roerende goederen », in *Bijzondere overeenkomsten*, Kluwer, 1988, p. 6, n° 5; P. Kileste, note sous Civ. Liège, 13 oct. 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 742; H. Libert, « Considérations juridiques sur quelques aspects particuliers du leasing », *DA/OR*, 1991, n° 18, p. 23, n° 7; Y. Merchiers, Ph. Colle et M. Dambre, « Overzicht van rechtspraak - Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet-, wissel- en chequiverrichtingen (1987-1991) », *T.P.R.*, 1992, p. 908, n° 122, *contra*, mais à tort selon nous, G. Vandenberghe sous Comm. Bruxelles, 7 janv. 1980, *J.C.B.*, 1981, p. 578, n° 2, E. de Cannart d'Hamale, « Le droit des contrats informatiques - Principes - Application », in *Précis de la Faculté de droit de Namur*, 1983, t. IV, p. 479.

(161) Mons, 5 févr. 1991, *DA/OR*, 1991, n° 18, p. 30 : « la société financière n'ayant aucune intention de se constituer un parc de matériel ».

(162) Lamy, *Droit de l'informatique*, 1993, p. 701, n° 1123.

(163) Comm. Bruxelles, réf., 3 févr. 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 549.

(164) Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281 et obs.; *Computerr.*, 1988/5, p. 250; *D.I.T.*, 1988/4, p. 67; cité dans la « Chronique de jurisprudence - La location-financement ou le leasing immobilier (1988-1993) », Fr. Bruyns et D. Buyschaert, *J.T.*, 1994, p. 465, n° 19 et 21.

(165) Dans le même sens, Bruxelles, 19 nov. 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 504; Comm. Bruxelles, réf., 3 févr. 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 549; Civ. Bruxelles, 6^e ch., 31 janv. 1989, inédit, R.G. 11.672, mentionné en sommaire dans *J.L.M.B.*, 1990, p. 250, n° 89/995.

(166) Voy. les références citées dans J. Verbist, note sous Bruxelles, 19 nov. 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 510, n° 5; Y. Merchiers, Ph. Colle et M. Dambre approuvent à la page 910, n° 124, de leur examen de jurisprudence, cité *supra* dans la note 160, la cession de l'action en résolution. H. Braeckmans (*Beginselen van Belgisch privaatrecht, XIII, Handels- en economisch recht*, deel 1, vol. B, p. 645, n° 695) accepte également la cession de cette action en se basant sur l'autonomie de la volonté par laquelle les parties peuvent céder leurs droits et obligations à un tiers (*in casu* le lessee), y compris l'action en résolution.

(167) Bruxelles, 19 nov. 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 504 et note J. Verbist qui désapprouve l'arrêt; *D.I.T.*, 1988/1, p. 46 et note E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/1, p. 43 et note critique E. de Cannart d'Hamale; cité également par L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foriers, *op. cit.*, p. 147, n° 26; cf., dans le même sens, Prés. Comm. Bruxelles, 3 févr. 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 549.

(168) Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281 et obs.; *Computerr.*, 1988/5, p. 250; *D.I.T.*, 1988/4, p. 67; cité dans la « Chronique de jurisprudence » de Fr. Bruyns et D. Buyschaert mentionnée *supra* dans la note 164, p. 466, n° 22.

(169) Comm. Bruxelles, réf., 15 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 216 et note F. Glandsdorff; *DA/OR*, 1991, n° 20, p. 59. F. Glandsdorff est favorable à la solution prônée par le président et veut même la défendre dans l'hypothèse d'un vrai leasing.

(170) Comm. Bruxelles, 11^e ch., 17 janv. 1992, inédit, Randaxhe c. Fédération nationale des Unions des classes moyennes c. Barclays International Credit c. Domont et Randaxhe c. D.G.T.R., R.G. 10.672/90 et R.G. 4.883/91.

également dans tous les contrats informatiques —, on peut se poser la question de l'éventuelle influence des importantes dérogations apportées en cette matière par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

Certaines clauses, parce qu'elles créent un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, sont nulles en vertu de cette nouvelle loi.

Il existe deux possibilités :

— soit, le juge, usant du pouvoir qui lui est reconnu à l'article 33, § 1^{er}, annule les clauses qui, selon lui, sont abusives au sens de l'article 31 de la loi;

— soit, la clause contractuelle rentre dans la liste des vingt-et-une « clauses abusives » énumérées par l'article 32 de la loi. Dans ce cas, celle-ci est d'office considérée comme nulle et interdite, sans que le juge ait à exercer un quelconque pouvoir d'appréciation.

Si tous les auteurs s'accordent pour considérer que la nullité prononcée en vertu de l'article 33, § 1^{er}, est relative et doit être demandée par la partie protégée, certains estiment que la nullité qui atteint les clauses figurant dans la « liste noire » de l'article 32 est d'ordre public (171).

Le champ d'application de la loi est cependant restreint aux contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs. Ceux-ci sont définis de manière très restrictive par la loi : seul celui qui acquiert des produits ou utilise des services à des fins excluant tout caractère professionnel est protégé (art. 1-7).

Le commerçant qui acquiert un ordinateur, par exemple, pour améliorer sa gestion de stock ne devrait pas être considéré comme un consommateur au sens de la nouvelle loi (172).

A moins que la jurisprudence n'applique ces dispositions par analogie ou par souci d'équité aux relations entre professionnels, cette réglementation ne devrait pas concerner l'information des entreprises.

CHAPITRE II DROIT BANCAIRE

37. — Les transferts électroniques de fonds ont donné lieu à quelques décisions judiciaires

(171) A. De Caluwé, A.-C. Delcorde, X. Leurquin, *Les pratiques du commerce*, Larcier, 1991, n° 12.1 et s. Mais E. Dirix, « Bezwarende bedingen », *DA/OR*, 1992, n° 22, p. 31, estime que, la loi ne protégeant que des intérêts privés, la nullité ne peut être que relative.

(172) J. Schamp et M. Van den Abele, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, p. 585. Certains auteurs défendent le point de vue selon lequel des commerçants ou des professionnels doivent, dans certaines circonstances, être considérés comme des consommateurs au sens de la nouvelle loi et être traités comme tels, par exemple, lorsqu'ils contractent en dehors de ce qui fait l'objet de leur profession. J.-L. Fagnart, « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », in *Les pratiques du commerce et la protection de l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, éd. Jeune barreau, 1991, p. 28.

intéressantes tant en matière de responsabilités civiles que de responsabilités pénales (173).

I. — Responsabilités civiles, en cas de perte, de vol et d'utilisation abusive d'une carte de paiement électronique

38. — Le tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en degré d'appel a eu l'occasion de définir les responsabilités du titulaire d'une carte de paiement, utilisée abusivement par un tiers, après la clôture du compte lié (174).

Un particulier était titulaire d'un compte à vue ouvert auprès d'une banque ainsi que d'une carte de paiement électronique et de chèques.

Au moment de la clôture de son compte, il se voit attribuer le solde créditeur et s'engage à détruire sa carte et les chèques qu'il ne restitue pas.

Trois mois plus tard, plusieurs retraits sont opérés au moyen de ladite carte, son propriétaire reconnaissant ne pas l'avoir détruite mais jetée à la poubelle.

La banque assigne l'intéressé devant les tribunaux, en recouvrement des montants débités, majorés des intérêts de retard, calculés au taux conventionnel en matière de dépassement de compte.

En première instance, le juge saisi retient la faute des deux parties intervenantes (175) :

1. Le propriétaire de la carte a commis une faute en ne restituant pas sa carte, en ne la détruisant pas comme il l'avait promis, en la jetant à la poubelle et en permettant à un tiers de découvrir le code secret et alors qu'il s'était engagé contractuellement à conserver soigneusement sa carte, à ne communiquer à personne le numéro de code secret et à avertir la banque de la perte, du vol et de tout risque d'usage abusif.

2. La banque, quant à elle, aurait dû — dès la clôture du compte — veiller à prendre les mesures d'usage pour prévenir l'utilisation frauduleuse de la carte. Autrement dit, la banque aurait dû annuler ou bloquer ladite carte dans son système informatique.

Sur le lien de causalité, le tribunal de première instance décide que le dommage subi par le client n'a pu résulter que de son fait ou de sa faute.

La juridiction cantonale avait estimé que la faute de la banque était sans relation causale avec le dommage subi par elle, puisque si le

(173) En doctrine, cons. notam. Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit du crédit*, t. 2, Litec, 1988, pp. 439 et s.; A. Bertrand, Ph. Le Clech, « La pratique du droit des cartes », 2^e éd., *Banque*, 1989, pp. 306 et s.; Y. Chaput, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, P.U.F., 1992, pp. 231 et s.; X. Thunis, « Responsabilité du banquier et automatisations des instruments de paiement », in *Droit de l'information : enjeux-nouvelles responsabilités*, éd. Jeune barreau, 1993, p. 329; Ch. Gavalda, *Les coûts de paiement et de crédit*, Dalloz, 1994.

(174) Civ. Bruxelles, 10 juin 1988, *D.I.T.*, 1989/2, p. 43 et note J.-P. Buyle; *Computerr.*, 1990/1, p. 33 et note J.-P. Buyle; *J.T.*, 1989, p. 148 et note, *Rev. Banq.*, 9/1988, p. 57 et note; *Pas.*, 1989, III, p. 13.

(175) J.P. Bruxelles, 6^e cant., 28 janv. 1987, *J.T.*, 1987, p. 601 et note G.-A. D.

client avait détruit sa carte comme il l'avait promis, les mesures d'usage à prendre par le banquier n'avaient plus d'importance.

La faute — qui est qualifiée par le tribunal de première instance de Bruxelles — de lourde et nécessaire négligence du titulaire de la carte est incontestable (176).

Par contre, la faute de la banque est plus discutable. Elle n'a pas été reprise par le juge d'appel. Il est, en effet, normal que le banquier doive prendre les mesures nécessaires pour empêcher toute utilisation frauduleuse d'une carte, lorsque son titulaire lui en notifie la perte ou le vol, même sans formuler une opposition expresse et sans avoir divulgué à un tiers son code secret (177).

Toutefois, cette obligation devait faire défaut dans le cas d'espèce litigieux, en raison notamment de la promesse faite par le client de détruire sa carte et de ses engagements contractuels aux termes desquels il se déclare responsable de tout usage abusif de la carte.

39. — La preuve des opérations effectuées à l'aide d'une carte de paiement électronique continue à faire couler beaucoup d'encre (178). Conformément à l'article 1315 du Code civil, la banque doit, en principe, prouver la réalité et le montant d'un débit opéré, tandis que le client doit établir le dépôt de billets réellement effectué. Le seul élément de preuve disponible consiste bien souvent en la bande-journal enregistrant toutes les opérations effectuées à un guichet automatique. Cet enregistrement constitue, selon certains auteurs, le seul moyen de preuve de ce qui a réellement eu lieu (179) ou jouera, en tous les cas, un rôle déterminant dans l'administration et l'appréciation de la preuve par le juge au sein d'un litige.

Les tribunaux namurois ont été amenés à se prononcer sur son admissibilité et sa force probante, en matière de retrait de fonds (180).

Un client s'était présenté à deux reprises — à dix jours d'intervalle — à un distributeur automatique de billets pour y retirer de l'argent. Le client affirmait qu'il n'avait rien pu obtenir, son compte présentant un solde débiteur et la machine lui ayant refusé l'opération « pour solde insuffisant ».

(176) En ce sens, cf. Comm. Liège, 19 janv. 1984, *Dr. Inform.*, 1984, p. 28; *R.D.C.*, 1984, p. 476; *J.L.*, 1984, p. 95, confirmé par Liège, 22 févr. 1985; *Dr. Inform.*, 1985, p. 28; *J.L.*, 1985, p. 228; J.P. Verviers, 23 nov. 1984, confirmé par Civ. Verviers, 8 janv. 1986; *D.C.C.R.*, 1989, p. 93 et note M. Schauss; Versailles, 17 janv. 1980, *Banque*, 1980, p. 105; Douai, 26 oct. 1983, cité in Trinquet, *Paiement par carte, Bancatique*, déc. 1984, p. 163.

(177) En ce sens, Comm. Liège, 19 janv. 1984, confirmé par Liège, 22 févr. 1985, *loc. cit.*; Cass., ch. comm., 8 oct. 1991, *D.I.T.*, 1991/4, p. 39 et obs. R. Trinquet; *Rev. droit bancaire et Bourse*, 1992, n° 29, p. 28.

(178) Cons. notam. F. Grua, *Contrats bancaires*, t. I, Economica, 1990, pp. 11 et s.; J.-P. Buyle, « La preuve et le coût du paiement », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993-2, p. 149, spéc. pp. 172 et s.

(179) E. Wymeersch, « Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières », in *Le droit des normes professionnelles*, 1985, p. 65.

(180) En matière de dépôt de fonds à un distributeur automatique de billets, cons. J.P. Marchienne-au-Pont, 6 avril 1990, *J.T.*, 1990, p. 678 et note G.-A. Dal.

I. — L'expertise

41. — Les différends en matière informatique sont très souvent soumis à l'avis d'expert, soit par l'une ou plusieurs parties avant ou au cours d'une procédure (188), soit par le tribunal lui-même statuant, sur base de l'article 962 du Code judiciaire, avant-dire droit, au fond ou en référé.

Une partie qui sollicite la désignation d'un expert judiciaire a souvent intérêt, pour appuyer sa demande, à s'entourer ou à produire une expertise unilatérale. En cas de contestation, cette expertise peut constituer un commencement de preuve ou un moyen pour appuyer une expertise judiciaire. « Ces expertises (ayant) été effectuées de manière unilatérale, elles ne sont pas opposables en tant que telles à la partie adverse » (189).

Dans une ordonnance du 27 janvier 1987 (190), le président du tribunal de commerce de Gand a justifié l'urgence essentiellement en raison de la diminution rapide de la valeur économique des composants hardware et de l'évolution rapide dans le domaine du software.

Quant au provisoire, « en ordonnant une mesure d'expertise, mesure d'instruction qui est légalement admissible dans le cas d'espèce, le juge des référés ne se prononce pas sur le fond du litige; il constate une situation litigieuse à l'issue imprévisible que les parties sont en droit de faire constater avant tout procès » (191). Les décisions judiciaires ordonnant une expertise sont nombreuses (192) : « l'expertise est souvent le seul moyen de preuve de l'inex-

écuté par défaut — à tort nous semble-t-il — que la preuve consistant en une bande-journal, provenant d'une machine dont la banque avait libre et entière disposition devait être rejetée (185).

II. — Responsabilités pénales, en cas d'utilisation abusive ou frauduleuse d'une carte de paiement électronique

40. — Lorsque le titulaire d'une carte prélève des fonds excédant le solde disponible de son compte bancaire — que ce soit à un distributeur automatique de billets ou à un terminal point de vente — la jurisprudence reste divisée sur les éventuelles conséquences pénales.

Pour le tribunal correctionnel de Verviers, un tel retrait ne constitue ni un vol ni aucune infraction s'il n'est pas établi que le prévenu a usé d'artifices (186).

Pour le tribunal correctionnel de Bruxelles, celui qui retire des fonds dans de telles conditions se rend coupable d'un vol simple (187). Cette décision nous paraît discutable. La prévention de vol implique une soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. Or, il n'y avait aucune soustraction en l'espèce, puisqu'il y avait remise volontaire de billets. La machine délivre des billets automatiquement, sans vérifier au préalable la provision du compte. La remise d'une chose faite par erreur, même à l'aide de dol ou de fraude, exclut toute idée de restriction.

En outre, dans le cas d'espèce soumis au tribunal, le prévenu n'avait usé d'aucune fraude et d'aucun artifice. Il avait utilisé sa carte de paiement en se conformant au mode d'emploi et s'était fait remettre de l'argent, avec l'accord évident de l'émetteur de la carte.

(185) Trib. Inst. Sète, 9 mai 1984, *D.*, 1985, p. 539 et note A. Benabent.

(186) Corr. Verviers, 30 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 390. Cette décision va dans le sens de la jurisprudence et de la doctrine majoritaires (Corr. Gand, 5 nov. 1980, *R.W.*, 1981-1982, col. 2561; Corr. Namur, 26 mai et 26 sept. 1982, inédit, cités par C. Erkelens, « La délinquance informatique belge et le droit pénal belge », *Dr. Inform.*, 1985-1986, note 16; J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., p. 315; L. Simont, A. Bruyneel, « Chronique de droit bancaire privé, les opérations de banque, 1979-1986 », *Rev. Banq.*, 1987/6, p. 51, n° 33; A. Masset, « Utilisation frauduleuse et abusive des cartes de paiement et des cartes de crédit », *J.T.*, 1987, p. 137. En France, cons. Angers, 2 déc. 1980, *Banque*, 1981, p. 512; Lyon, 9 juill. 1981, *Gaz. Pal.*, 1981, 2, p. 704; Corr. Dijon, oct. 1981, inédit, cité in *Rev. sc. crim.*, 1982, p. 129; Angers, 4 févr. 1982, *D.S.*, 1982, p. 312 et note B. Sousi-Roubi; Cass., 24 nov. 1983, *D.S.*, 1984, p. 465, I.R., p. 306, Dalloz, 1985, I.R., p. 46, *Sem. Jur.*, 1985, n° 20450 et note H. Croze, *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 103 et note M. Masse, *Rev. trim. dr. comm.*, 1984, p. 321; *Dr. Inform.*, 1986, p. 118).

(187) Corr. Bruxelles, 14 déc. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 602 et obs. J.-P. Buyle. Dans le même sens, cons. Corr. Hasselt, 24 juin 1981 cité et approuvé par G. Vandenberghe, J. De Lame, « Bancontact, Mister Cash, Postomat, description et aspects juridiques », *J.T.*, 1983, p. 281; Corr. Liège, 22 mars 1982, *J.L.*, 1982, p. 319; Gand, 21 déc. 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 2561; Corr. Hasselt, 4^e ch., 28 oct. 1984, en cause M.P. c. Billen, inédit.

La banque soutenait, par contre, que le client avait perçu deux fois dix billets de 1.000 FB. En première instance (181), la banque est déboutée, le juge estimant que celle-ci n'apportait pas à suffisance la preuve desdits retraits et qu'elle fournissait des explications confuses et contradictoires quant au fonctionnement du distributeur automatique de billets, précisant que lorsqu'il est établi qu'une machine ne fonctionne pas normalement et qu'un homme conteste le résultat enregistré par la machine, il convient de faire confiance à l'homme plutôt qu'à la machine, même si cette dernière porte le nom de « Mister Cash » (« une convention sur les modes de preuves admissibles et leur force probante, ne peut faire échapper chaque cas d'espèce à l'appréciation du juge de fond, à moins que ce dernier ne devienne lui-même une machine à juger »).

En appel, le tribunal de première instance de Namur (182) donne raison à la banque, considérant, d'une part, qu'un compte débiteur n'est pas un obstacle aux retraits, lorsque, comme en l'espèce, l'appareil automatique fonctionne « hors ligne » en ne vérifiant que le solde hebdomadaire, et, d'autre part, que l'historique « cartes Bancontact » et la « bande-journal » produits montrent la réalité des retraits allégués.

Or, les parties avaient valablement convenu que ces éléments constituaient un procédé de preuve par écrit contraignant et suffisant (183).

Cette décision d'appel paraît conforme aux principes. La matière de la preuve n'est pas d'ordre public et les parties peuvent valablement convenir du régime applicable au mode de preuve admissible et à leur force probante.

Cette décision doit être rapprochée de l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui — dans une espèce d'utilisation de carte de paiement électronique à un terminal de point de vente — a décidé qu'à défaut de pouvoir justifier que le titulaire d'une carte de paiement a remis chaque fois en personne sa carte et composé lui-même son numéro de code secret en donnant son accord à la somme inscrite sur le lecteur, un établissement financier apporte la preuve suffisante de ses créances par les enregistrements de la machine qui n'ont été rendus possible que par l'utilisation d'une carte magnétique et du numéro secret, (et alors que n'était allégué aucun dérèglement du système informatique ni perte de son numéro secret par le client). En l'espèce, chaque opération était d'un montant inférieur à 5.000 FF et la preuve de l'ordre de payer était parfaitement libre, échappant aux dispositions de l'article 1341 du Code civil exigeant un écrit (184).

Cette décision réformait ainsi une décision prise par le tribunal d'instance de Sète qui s'était déjà antérieurement distingué en déci-

(181) J.P. Fosses-la-Ville, 18 nov. 1987, inédit, C.G.E.R. c. Lindeman, R.G. 12721.

(182) Civ. Namur, 30 mai 1988, *D.I.T.*, 1990/2, p. 60 et note J.-P. Buyle.

(183) Cette clause pourrait toutefois être discutée actuellement, au regard de l'article 32.18 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(184) Montpellier, 9 avril 1987, *J.C.P.*, 1988, 20984, note M. Boizard; comp. Cass., ch. civ., 8 nov. 1989, *D.I.T.*, 1990/2, p. 44 et obs. M. Vasseur et F. Chamoux.

(188) Cons., par ex., Comm. Bruxelles, 30 avril 1987, *Rev. rég. dr.*, 1987, p. 385; Civ. Turnhout, 20 févr. 1991, *Computerr.*, 1992/3, p. 124.

(189) Comm. Bruxelles, 13^e ch., 28 avril 1994, inédit, A.L.I. c. Cockerill Sambre, R.G. 14109/91, contra, Comm. Bruxelles, 18^e ch., 30 déc. 1994, inédit, s.p.r.l. Burolog c. Halbart International East, R.G. 14049/91.

(190) Comm. Gand, réf., 27 janv. 1987, *Dr. inform.*, 1988/2, p. 43 et obs. E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/3, p. 162, et obs. E. de Cannart d'Hamale.

(191) Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, p. 1341 et note V.-V. Dehin.

(192) Cons. notam. Comm. Huy, réf., 22 avril 1982; Comm. Bruxelles, réf., 4 sept. 1986; Comm. Gand, réf., 27 janv. 1987; Comm. Bruxelles, réf., 17 févr. 1987; Civ. Bruxelles, réf., 4 déc. 1987, *Dr. inform.*, 1988/2, pp. 41 et s. et obs. E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/3, pp. 162 et s. et obs. E. de Cannart d'Hamale; Comm. Arlon, réf., 3 mai 1984, inédit, Barrea c. I.L.C. et I.B.M., R.G. 77; Comm. Bruxelles, réf., 27 févr. 1987, *Computerr.*, 1988/2, p. 90; Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, p. 1341 et note V.-V. Dehin; Civ. Hasselt, 30 avril 1990, *Computerr.*, 1991/3, p. 162; Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45 et note B. Lejeune; Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61 et note E. Montero; Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, Mecaloov c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10557; Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38; *Com-*

cution ou du préjudice invoqué » (193). Ces expertises concernent habituellement des litiges relatifs à des installations informatiques non conformes aux besoins de l'utilisateur, défectueuses ou viciées. Elles visent habituellement des différends opposant l'utilisateur à son fournisseur et parfois à son conseil en informatique afin de déterminer sa responsabilité dans la manière dont le cahier des charges a été rédigé (194) ou dans le choix du système litigieux. L'expertise tend parfois aussi à cerner si des logiciels ont été contrefaits ou non.

Les missions confiées aux experts par les tribunaux sont classiques et souvent analogues. L'ordonnance prononcée par le président du tribunal de commerce de Huy le 22 avril 1982 (195) en donne un bel exemple.

La mission de l'expert peut aussi porter sur des points particuliers. Dans un cas où le tribunal avait condamné le fournisseur à communiquer au client une copie des codes sources du logiciel livré et de la documentation y relative, il a demandé à l'expert de « dire si les sources et la documentation communiquée en exécution de l'ordonnance à intervenir sont complètes et intégrales et si, dès lors, (le fournisseur) a respecté son obligation de communication telle que portée par ladite ordonnance » (196).

« S'il est légitime qu'un expert se réfère aux usages en cours dans la vie commerciale et économique de même qu'aux règles de l'art, il est évident qu'il ne peut être chargé de se substituer aux tribunaux en ce qui concerne l'interprétation des contrats. La mission d'un expert est essentiellement technique » (197).

« Le juge n'est pas tenu par les constatations, affirmations et conclusions de l'expert » (198).

Les délais octroyés par les tribunaux pour la réalisation des expertises sont souvent courts et optimistes : un mois (199), deux mois (200),

trois mois (201), six mois (202), ou dix mois (203). Ces délais sont rarement respectés.

L'expertise judiciaire doit se dérouler de façon équitable : indépendance et impartialité de l'expert, audition des parties, respect du contradictoire (204), motivation du rapport, ...

Lorsque le rapport est terminé, il est communiqué aux parties, déposé devant le tribunal saisi et discuté (205). Lorsque certains points restent obscurs, discutés ou controversés, le tribunal peut convoquer et entendre l'expert sur des points précis (206).

Lorsque l'expertise est « incomplète et approximative », le tribunal peut ordonner une nouvelle expertise (207).

L'intervention de l'expert est souvent positive dans la recherche d'une solution amiable. La grande majorité des litiges dans lesquels une expertise est ordonnée, ne revient jamais par la suite devant les tribunaux. Les parties trouvent très souvent une solution négociée, dans le courant de l'expertise.

II. — Le référé

42. — Le recours aux juridictions civile, commerciale ou même du travail, statuant en référé, dans le cadre d'un différend en matière informatique, est fréquent. L'objet des actions judiciaires portées devant les présidents de tribunaux peut être varié :

— la désignation d'un expert et la détermination d'une mission précise (208),

et s. et obs. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/3, p. 162 et obs. E. de Cannart d'Hamale.

(200) Comm. Bruxelles, 11 mars 1992, *J.T.*, 1993, p. 206; *D.I.T.*, 1994/3, p. 38; *Computerr.*, 1993/4, p. 154.

(201) Civ. Bruxelles, réf., 4 déc. 1987, *Dr. inform.*, 1988/2, p. 41, obs. E. de Cannart d'Hamale; *Computerr.*, 1988/3, p. 162 et obs. E. de Cannart d'Hamale; Comm. Arlon, réf., 3 mai 1984, inédit, Barrea c. I.I.C. et I.B.M., R.G. 77; Comm. Bruxelles, réf., 27 févr. 1987, *Computerr.*, 1988/2, p. 90; Civ. Hasselt, 30 avril 1990, *Computerr.*, 1991/3, p. 162; Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45 et note B. Lejeune; Civ. Bruxelles, 27 mai 1991, *D.I.T.*, 1992/2, p. 61 et note E. Montero; Comm. Gand, réf., 3 juill. 1992, *Computerr.*, 1993/2, p. 27; Comm. Liège, 3 févr. 1994, *D.I.T.*, 1994/2, p. 46 et note A. Houtart et O. Lesuisse; Comm. Bruxelles, 13^e ch., 28 avril 1994, inédit, A.L.I. c. Cockerill Sambre, R.G. 14109/91.

(202) Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, p. 1341 et note V.-V. Dehin; Mons, 20 mars 1992, *D.I.T.*, 1993/3, p. 43; *Computerr.*, 1993/6, p. 252; *Expertises*, janv. 1993, p. 38 et note V.-V. Dehin.

(203) Mons, 1^{re} ch., 11 déc. 1991, inédit, Mecalovoc c. Entreprises Robert Delbrassinne et I.B.M., R.G. 10557.

(204) En matière pénale, l'expertise n'est, en règle, pas contradictoire (Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 1).

(205) Cons., par ex., Comm. Bruxelles, 29 oct. 1987, *J.T.*, 1988, p. 443.

(206) Cons. notam. Comm. Liège, 15 mai 1986, *Dr. inform.*, 1987/1, p. 60.

(207) Comm. Bruxelles, 29 oct. 1987, *J.T.*, 1988, p. 443.

(208) Cf. *supra*, n° 41.

— l'interdiction pour une partie de contrefaire et de copier des logiciels (209),

— le paiement au profit d'une partie d'une indemnité provisionnelle, dans le cadre d'un référé provision (210),

— l'autorisation pour une partie de suspendre le paiement de ses loyers, dans le cadre d'un contrat de leasing (211),

— la condamnation d'un ancien travailleur licencié pour faute grave de restituer à l'employeur l'ensemble des données des programmes informatiques emportées (212).

L'intervention du juge des référés doit rester exceptionnelle. Elle suppose que les conditions de l'urgence et du provisoire soient remplies. Il a été, à juste titre, rappelé à propos d'une décision tendant à interdire à une partie de prendre des copies fidèles d'un programme d'ordinateur : « Dat het de presidentiële rechtsmacht geoorloofd is maatregelen te bevelen wanneer de bescherming van een evident recht, laat staan van een voldoende schijnbaar recht van een partij dat ernstig wordt bedreigd, dit rechtvaardigt » (213).

Pendant la période visée, une affaire intéressante et originale a été soumise au président du tribunal de première instance de Mons (214). Une société qui se trouvait confrontée à des difficultés d'utilisation de son système informatisé de gestion et de comptabilité demandait, outre la désignation d'un expert, la condamnation sous astreinte de la société en informatique et de l'auteur des logiciels tenus pour affectés de vices, à lui communiquer les sources ainsi que l'intégralité de la documentation relative aux programmes litigieux.

Le juge saisi a estimé qu'en ordonnant au fournisseur de communiquer les sources, « en accessoire » d'une mesure d'expertise, il ne méconnaissait pas les termes de l'article 1039 du Code judiciaire.

1996

219

CHAPITRE IV

DROITS INTELLECTUELS

43. — Une nouvelle loi transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur a été adoptée le 30 juin

(209) Civ. Bruxelles, réf., 8 janv. 1985, *Computerr.*, 1987/3, p. 188; Bruxelles, 20 juin 1986; *Pas.*, II, p. 157; *Computerr.*, 1987, p. 190.

(210) Comm. Liège, réf., 31 oct. 1985, *J.L.*, 1986, p. 166.

(211) Comm. Bruxelles, réf., 3 févr. 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 549 et note J. Verbist, p. 507; comp. Comm. Bruxelles, réf., 15 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 216 et obs. F. Glansdorff.

(212) Trav. Liège, réf., 24 juin 1991, *Chron. dr. soc.*, 1992/2, p. 70.

(213) Bruxelles, 20 juin 1986, *Pas.*, II, p. 157; *Computerr.*, 1987, p. 190.

(214) Civ. Mons, réf., 20 mars 1989, *Act. dr.*, 1992, p. 1341 et note V.-V. Dehin; comp. Civ. Mons, réf., 20 mars 1992, *D.I.T.*, 1993/3, p. 43; *Computerr.*, 1993/6, p. 252 et note M. Taeymans et J. Keustermans; *Expertises*, janv. 1993, p. 38 et note V.-V. Dehin.

1994 (215) et est entrée en vigueur le 6 août 1994 (216). Cette loi consacre la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur originaux, l'originalité étant définie par référence à « une création intellectuelle propre à l'auteur » (217). La durée de la protection est de sept ans après la mort de l'auteur (218). La loi confère au créateur du programme un droit moral conformément à l'article 6bis, 1^o, de la Convention de Berne (219) ainsi que des droits patrimoniaux qui comprennent le droit d'autoriser la reproduction permanente ou provisoire, la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme et la reproduction du programme en résultant, sans préjudice des droits de la personne qui transforme le programme, ainsi que le droit d'autoriser toute forme de distribution au public, y compris la location et le prêt, de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur (art. 5). Une série d'exceptions à ces droits exclusifs sont prévues afin de permettre, entre autres, l'utilisation du programme d'une manière conforme à sa destination, la réalisation d'une copie de sauvegarde nécessaire à l'utilisation du programme ou encore la décompilation de celui-ci (art. 6 et 7).

Conformément à son article 12, la loi s'applique également aux programmes d'ordinateur créés avant son entrée en vigueur pour autant qu'elle ne porte pas préjudice aux droits acquis en vertu de la loi ou par l'effet d'actes juridiques, ni aux actes d'exploitation acquis antérieurement à cette entrée en vigueur. L'analyse de la jurisprudence antérieure reste dès lors d'actualité dans la mesure où les principes qu'elle a dégagés s'appliquent toujours aux faits antérieurs à son entrée en vigueur ainsi qu'à ceux postérieurs à son entrée en vigueur mais relatifs à des programmes créés avant son entrée en vigueur. En effet, dans ce cas, le juge devra appliquer la nouvelle loi mais ne pourra, ce faisant, porter atteinte aux droits acquis en vertu de l'ancienne loi, ni aux contrats conclus sous son empire.

44. — Le principe de la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur était déjà admis par la jurisprudence et la grande

majorité de la doctrine. Le régime de cette protection n'était toutefois pas clairement établi. Les quelques rares décisions jurisprudentielles rendues depuis la précédente chronique (220) ont principalement traité du critère de l'originalité, de la titularité des droits et de l'étendue de la protection (221).

1) Le critère d'originalité.

45. — Les juridictions sont loin d'être unanimes quant à la définition et à l'application du critère d'originalité (222). Elles font appel à différents critères, qu'elles cumulent ou non selon les cas et aucune tendance claire ne peut être dégagée. Deux types de décisions peuvent être globalement distinguées, les unes exigeant un seuil d'originalité apparemment élevé, les autres un seuil plus faible.

— Les tribunaux ayant appliqué un critère assez sévère de l'originalité recourent le plus souvent aux expressions et concepts suivants. Dans deux décisions (223), il a été précisé que le programme devait être suffisamment original pour mériter une protection par le droit d'auteur.

Cette expression, dans le jugement du tribunal de commerce de Charleroi, a été accompagnée d'une définition positive de l'originalité inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation française (224) : « ... est originale toute œuvre résultant d'un effort intellectuel qui révèle, fût-ce à faible degré, la personnalité de l'auteur ». Dans le même sens, le tribunal de première instance de Bruxelles faisait référence à la notion d'apports créatifs personnels. L'effort intellectuel seul ne suffit donc pas, il doit porter la marque d'une empreinte personnelle, même si celle-ci paraît fort relativisée. L'idée que le programme doit être marqué de la personnalité de l'auteur est plus clairement exprimée dans un jugement du tribunal correctionnel de Verviers du 4 octobre 1989 (225).

Par ailleurs, les deux premiers jugements commentés apportent une définition complémen-

taire de l'originalité exprimée de manière négative. Est original le programme d'ordinateur qui n'est pas banal. D'après le tribunal de commerce de Charleroi, est banal le programme qu'un grand nombre de programmeurs utiliseraient pour résoudre un même problème. Le tribunal de première instance de Bruxelles estime que n'est pas original et donc « banal » le programme qui peut être réalisé par n'importe quel programmeur au fait des techniques informatiques (226).

— La cour d'appel de Bruxelles (227), dans un arrêt du 14 octobre 1993 rendu en appel du jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 30 septembre 1988, paraît opter pour une définition moins stricte de l'originalité. Elle recourt à une grande variété de notions, deux d'entre elles — la création intellectuelle propre à l'auteur et la mise en forme personnelle par les programmeurs des problèmes posés — pouvant être interprétées comme supposant la marque de la personnalité de l'auteur. La Cour insiste davantage sur des critères plus proches de l'effort intellectuel tels que la richesse d'invention et le travail d'étude des auteurs. Assez curieusement (228), elle relève que l'imitation servile qui a eu lieu démontre le caractère original des programmes, critère qui place le seuil d'originalité particulièrement bas. Notons également que la Cour invoque le fait que les défendeurs n'aient pas prouvé qu'ils auraient eux-mêmes été capables de créer d'autres programmes et donc de trouver d'autres solutions équivalentes à des problèmes identiques, semble-t-il pour démontrer qu'ils ont dû copier les programmes (229). On constate donc que la cour d'appel, tout en reconnaissant la nécessité d'une empreinte personnelle de l'auteur du programme, prend également en compte des éléments plus proches du système de « copyright » du droit anglais.

46. — La nouvelle loi du 30 juin 1994, conformément à la directive européenne (230), retient comme seul et unique critère d'originalité, le fait que le programme d'ordinateur est une création intellectuelle propre à son auteur (231). De l'avis de la Commission (232), le niveau d'originalité requis est faible afin de permettre la protection par le droit d'auteur du plus grand nombre possible de logiciels. Soulignons toutefois que l'expression « propre à son

(215) Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *M.B.*, 27 juill. 1994, p. 19315. Pour un commentaire de cette nouvelle loi, lire A. Strowel, « La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis* ? », *R.I.D.A.*, 1995, p. 172; F. Brison et J.-P. Triaille, « La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur », *J.T.*, 1995, p. 141.

(216) La directive européenne aurait dû être transposée pour le 1^{er} janvier 1993. Dans la mesure où certaines de ses dispositions sont suffisamment précises, claires et inconditionnelles — ce qui est le cas de la majorité d'entre elles —, elles bénéficient depuis cette date de l'effet direct dans les ordres juridiques internes et les juges nationaux ont l'obligation, en vertu du droit communautaire, d'interpréter leur droit interne conformément à la directive.

(217) Article 2 de la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur.

(218) Article 9 de la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur.

(219) Article 4 de la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur.

(220) Voy. la chronique précédente, p. 93.

(221) Pour une application des principes contenus dans la nouvelle loi (critère d'originalité et exceptions aux droits exclusifs), voy. Civ. Liège, réf., 30 août 1994, *Computerr.*, 1995/2, p. 63; Civ. Bruxelles, 24 avril 1995, inédit, n.v. Mai Belgium c. n.v. Data Products Solutions et n.v. Centrauto, R.G. 15.216/90; De Graeve et n.v. Data Product Solutions c. n.v. Mai Belgium et A.K.B., R.G. 12.139/91.

(222) Voy. Civ. Bruxelles, 30 sept. 1988, *D.I.T.*, 1989, p. 68; Corr. Verviers, 4 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 709; *Computerr.*, 1992/1, p. 27; Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45; *Computerr.*, 1994/2, p. 47; Comm. Charleroi, 19 janv. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1178; Bruxelles, 14 oct. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 358; *Computerr.*, 1994/2, p. 46.

(223) Civ. Bruxelles, 30 sept. 1988, *D.I.T.*, 1989, p. 68; Comm. Charleroi, 19 janv. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1178.

(224) Selon la Cour de cassation française, « qu'ayant recherché... si les logiciels élaborés par monsieur P. étaient originaux, les juges de fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée... » (Cass. fr., 7 mars 1986, *D.I.T.*, 1986/2, p. 80).

(225) Corr. Verviers, 4 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 709; *Computerr.*, 1992/1, p. 27.

(226) Dans ce sens, voy. égalem., Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45 avec une note de B. Lejeune; *Computerr.*, 1994/2, p. 47. Selon le tribunal, les programmes sont protégés par le droit d'auteur car ils sont le fruit d'un travail personnel et « non de quelque chose de généralement connu ».

(227) Bruxelles, 14 oct. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 358; *Computerr.*, 1994/2, p. 46.

(228) Avec un tel critère, en principe absent de toute analyse de l'originalité, tous les programmes copiés servilement sont originaux.

(229) Pour une analyse approfondie de ces différents critères : A. Strowel et J.-P. Triaille, « Jurisprudence récente et questions d'actualité en matière de protection des logiciels », *Ing.-Cons.*, 1993, p. 325.

(230) Article 1^{er}, § 3, de la directive du Conseil n° 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.*, L 122 du 17 mai 1991, p. 42.

(231) Article 2 de la loi du 30 juin 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

(232) Réponse à une question parlementaire, 6 oct. 1993, *J.O.*, C 350 du 29 décembre 1993.

auteur » est susceptible de deux interprétations, le terme « propre » pouvant faire référence tant à l'empreinte de la personnalité de l'auteur qu'à la provenance de l'œuvre en ce sens que seul le programme, création intellectuelle réalisée par le créateur, est protégé.

Rappelons que le fait que les décisions mentionnées n'aient pas retenu le critère d'originalité prévu par la directive européenne, alors que le délai de transposition de celle-ci était outrepassé, s'explique parce que les faits en cause étaient antérieurs au 1^{er} janvier 1993.

47. — Notons enfin que pour apprécier l'originalité *prima facie* de programmes d'ordinateur litigieux, les présidents du tribunal de première instance de Turnhout et de Liège, saisis d'une action en référé introduite par Microsoft Corporation (233), ont notamment pris en compte le dépôt des programmes auprès du Copyright Office américain.

2) La titularité des droits.

48. — A notre connaissance, seules deux décisions font référence à cette question (234). Le tribunal de première instance de Turnhout, dans un jugement du 12 novembre 1984 (235), a accordé à l'employeur tous les droits sur les cartes informatiques créées par ses employés, en application du contrat de travail qui les liaient (236). La décision la plus significative est celle de la cour d'appel de Gand du 27 octobre 1993 (237) qui rappelle que le droit d'auteur ne peut naître que dans le chef d'une personne physique, les personnes morales ne pouvant en être que cessionnaires et devant démontrer de quelle(s) personne(s) physique(s) et de quelle manière elles ont acquis la titularité des droits. En outre, aucune présomption de cession n'existe en la matière et toute cession doit être interprétée de manière restrictive. Ainsi, aussi longtemps que dure la relation salariale, la Cour considère que les commercialisations bien définies et délimitées consenties par l'auteur en échange du salaire ne peuvent s'analyser en une cession totale ou partielle du

droit d'auteur. Il s'agit simplement d'une modalité de l'exercice du droit qui doit être interprétée de manière restrictive.

En vertu de l'article 6 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (238), qui s'applique en l'absence de disposition spécifique dans la loi sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, seule la personne physique qui a créé l'œuvre est titulaire originaire du droit d'auteur. Une disposition spécifique figure toutefois dans la loi spécifique qui instaure une présomption de cession des droits patrimoniaux relatifs à un programme créé par un ou plusieurs employés ou agents, dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur au profit de ce dernier (239). Le système actuel est donc à l'opposé de la jurisprudence décrite ci-dessus. Pour ce qui est des droits moraux, l'article 4 de la loi spécifique renvoie à l'article 6bis, 1^o, de la Convention de Berne qui reconnaît à l'auteur le droit de paternité et le droit de s'opposer à toute modification de l'œuvre qui peut préjudicier à son honneur ou à sa réputation (240). Au contraire du droit d'auteur reconnu aux titulaires d'œuvres littéraires ou artistiques « traditionnelles », l'auteur du programme ne se voit pas reconnaître le droit de divulgation et son droit à l'intégrité est subordonné à l'existence d'un préjudice.

3) L'étendue de la protection.

49. — La jurisprudence admet la protection du programme, quelle que soit sa forme d'expression : code-source ou code-objet. Selon le tribunal de première instance de Louvain (241), « le code-source est comparable à un papier à musique ou à une description d'un patron de tricot, tandis que le code-objet est comparable à un compact disc, support de musique ou à une carte magnétique chargée d'un programme de tricot en langue-machine... il serait illogique de protéger uniquement les programmes (papier à musique) et non les supports de ces programmes lesquels en permettent la réalisation, tels que les Roms, les disquettes, ... ».

Si le principe de protection tant du code-source que du code-objet s'impose, la terminologie utilisée par le juge prête à confusion. En effet, s'il est vrai que le code-source qui est en réalité le texte du programme rédigé par l'auteur, peut être comparé à une partition musicale ou à un patron de tricot, le code-objet ne peut être assimilé à un support puisqu'il est le résultat de la compilation du code-source (242).

(238) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 22 nov. 1994, p. 28832 (version coordonnée).

(239) Article 3 de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur.

(240) Pour un commentaire quant à la compatibilité de cet article avec la directive européenne, voy. F. Brison et J.-P. Triaille, « La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur », *J.T.*, 1995, p. 141.

(241) Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45 et note B. Lejeune; *Computerr.*, 1994/2, p. 47.

(242) Voy., dans le même sens, l'arrêt de la cour d'appel Bruxelles du 14 oct. 1993 dont la terminologie paraît plus appropriée (Bruxelles, 14 oct. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 358; *Computerr.*, 1994/2, p. 46).

50. — La loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur reconnaît également qu'est protégé par le droit d'auteur le programme d'ordinateur, quelle que soit sa forme d'expression en ce compris le matériel de conception préparatoire, à l'exclusion évidemment des idées et principes qui sont à sa base y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces (243).

4) Procédure et modes de réparation.

51. — En matière de saisie-description, on relève l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 14 mai 1992 (244) statuant en appel de l'ordonnance du juge des saisies de Bruxelles qui avait refusé de faire droit à une demande de saisie-description au motif que « dans les circonstances de la cause, des simples soupçons de contrefaçon ne permettent... de fonder la saisie demandée » (245). La cour d'appel, confirmant par son arrêt la jurisprudence antérieure (246), a précisé que des soupçons légitimes reposant sur des bases objectives suffisent à fonder l'action. En effet, exiger la preuve de la contrefaçon lors du dépôt de la requête en saisie-description reviendrait à vider la procédure de tout sens.

Concernant les modes de réparation, la plupart des décisions commentées dans cette chronique désignent un expert afin d'évaluer le montant du préjudice subi. Les missions confiées aux experts sont très générales allant de l'appréciation de l'originalité du programme d'ordinateur (247), à l'existence d'une copie ou d'une imitation à l'estimation du dommage. Toutefois, la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 14 octobre 1993 (248), affirme que le préjudice subi par le titulaire du droit d'auteur est équivalent au bénéfice réalisé lors des ventes des copies illicites, bénéfice constituant un enrichissement illicite. Selon la Cour, les différences de clientèle ou de qualité des copies illicites ne pourraient diminuer le préjudice subi. Notons enfin qu'aucune des décisions commentées ne fait référence à l'existence d'un quelconque dommage moral.

(233) Civ. Liège, réf., 30 août 1994, *Computerr.*, 1995/2, p. 63; Civ. Turnhout, réf., 12 sept. 1994, *Computerr.*, 1995/2, p. 65 et note M. Taeymans.

(234) Notons toutefois que dans une décision inédite du 5 octobre 1994, le tribunal de commerce de Bruxelles, sans référence apparente à la protection par le droit d'auteur, se base sur les mentions figurant dans la notice d'utilisation et apparaissant sur l'écran pour constater l'absence de droits dans le chef du prévenu et l'impossibilité dès lors de commercialiser le logiciel à son profit personnel : « Qu'il n'est pas contestable que Moshé Melamed, qui est informaticien, a participé étroitement à la réalisation du programme; qu'il résulte cependant indiscutablement des mentions tant figurant dans la notice d'utilisation qu'apparaissant sur l'écran que le développement du programme, entamé dès 1985 et qui en était à sa version 1.2., a été effectué au bénéfice de la société Amtec Information Systems et au bénéfice personnel de Moshé Melamed » (Comm. Bruxelles, 7^e ch., 5 oct. 1994, inéd., s.c. F.O.G. International c. Melamed, R.G. 3.999/92 et 5.545/92).

(235) Civ. Turnhout, 12 nov. 1984, *D.I.T.*, 1989/1, p. 72 et note B. Lejeune.

(236) Ce jugement a reconnu la protection par le droit d'auteur des cartes informatiques.

(237) Gand, 27 oct. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 366; *R.W.*, 1993-1994, p. 925 et note F. Brison; *Computerr.*, 1994/1, p. 19 et note F. Brison.

(243) Articles 1^{er} et 2 de la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur. Les considérants de la directive précisent que seuls les travaux préparatoires de conception qui aboutissent au développement d'un programme sont protégés à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur.

(244) Bruxelles, 14 mai 1992, *Ing.-Cons.*, 1992, p. 276.

(245) Civ. Bruxelles, 7 mai 1992, *Ing.-Cons.*, 1992, p. 275.

(246) Voy. Cass., 16 nov. 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 339; cette jurisprudence a été ultérieurement confirmée en matière de brevets : Bruxelles, 12 mai 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 103; Anvers, 10 févr. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 203.

(247) Voy. Civ. Hasselt, 30 avril 1990, *D.I.T.*, 1990/4, p. 68 avec une note de B. Lejeune, « L'originalité du logiciel : deuxième décision belge »; *Computerr.*, 1991/3, p. 162. Comme le fait remarquer le commentateur, il n'est juridiquement pas admissible de confier à un expert l'interprétation de la loi sur le droit d'auteur.

(248) Bruxelles, 14 oct. 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 358; *Computerr.*, 1994/2, p. 46.

CHAPITRE V DROIT DE LA CONCURRENCE

52. — Les décisions rendues en la matière pendant la période commentée concernent essentiellement d'une part, l'application de l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce au copiage illicite de programmes d'ordinateurs et d'autre part, les risques de confusion entre les dénominations commerciales de sociétés informatiques.

1. Dans deux décisions antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1991 (249), des plaideurs se sont basés sur l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce pour tenter, par l'introduction d'une action en cessation, qu'il soit mis fin au copiage de programmes d'ordinateur. Cet article interdisait à un commerçant ou artisan de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans.

Dans les deux cas, le président du tribunal de commerce a dû justifier sa compétence à connaître de l'action. Celle-ci était, en effet, contestée par les plaideurs sur base de l'article 56 de la loi du 14 juillet 1971 qui exclut de l'action en cessation les actes de contrefaçon sanctionnés par les lois sur les brevets d'invention, les marques de produits ou de services, les dessins ou modèles et le droit d'auteur. Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé par le président du tribunal de commerce de Bruxelles, l'article 56 de la loi est d'interprétation restrictive et l'action en cessation reste ouverte lorsque la demande vise « non une atteinte au droit d'auteur mais une pratique commerciale qui, négligeant celui-ci, fausse la concurrence et porte atteinte aux intérêts professionnels des commerçants qui respectent ledit droit d'auteur » (250). « Il importe peu que l'acte malhonnête constitue de surcroît une contrefaçon » (251). Sur base de cette jurisprudence qui opte pour une interprétation restrictive de l'article 56 de la loi du 14 juillet 1971, la compétence du président du tribunal de commerce est dès lors que l'objet de l'action est la cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, que cet acte constitue ou non également un acte de contrefaçon.

Ont été considérées comme des pratiques contraires aux usages honnêtes du commerce le copiage non autorisé de logiciels (252) ainsi

(249) Rappelons que la loi du 14 juillet 1971 a été remplacée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs entrée en vigueur le 1^{er} mars 1992.

(250) Comm. Bruxelles, cess., 2 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 260 avec une note de Ph. Peters, « Logiciels et droit d'auteur », *Computerr.*, 1991/4, p. 197, note J. Surmont; *Ann. prat. comm.*, 1990, p. 328, note P. Maeyaert.

(251) Comm. Bruxelles, cess., 9 août 1988, *D.I.T.*, 1989/1, p. 73.

(252) Le président du tribunal de commerce de Bruxelles, dans son ordonnance du 9 août 1988 précitée, a ainsi jugé que « la commercialisation à un prix dérisoire de logiciels informatiques sans l'autorisation de leur propriétaire constitue, entre commerçants, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ».

que la commercialisation par une société d'ordinateurs personnels contenant des logiciels piratés. Ainsi, dans l'ordonnance précitée du 2 avril 1990, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que « la société Computer Square a faussé le jeu d'une concurrence normale en offrant à ses clients la jouissance gratuite de programmes dont le coût serait venu aussi non grever le prix du système...; qu'une telle pratique est contraire aux usages honnêtes du commerce et porte atteinte aux intérêts professionnels de la demanderesse ».

Cette jurisprudence constitue une application du droit de la concurrence parasitaire en vertu duquel il y a abus du principe de la liberté de copie (253) et agissement parasitaire lorsque le copieur tire indûment profit des efforts créatifs et financiers mis en œuvre par autrui pour la mise au point du produit copié, même s'il n'y a pas volonté d'établir la confusion (254).

Notons toutefois que la cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 31 mai 1994 (255), a jugé que la protection des logiciels devait être assurée par la loi sur le droit d'auteur, ce qui excluait la possibilité d'une action en cessation sur base de l'ancien article 56 de la loi sur les pratiques du commerce devant le président du tribunal de commerce.

La loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce a été remplacée par celle du 14 juillet 1991 (256) qui, en son article 93, reprend le principe général d'interdiction de tout acte de concurrence déloyale (257). Il existe toutefois deux différences entre l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 et l'article 93 de celle du 14 juillet 1991 : le remplacement du mot « commerçant » par celui de « vendeur » dans la nouvelle loi, concept plus large qui ne se limite pas aux commerçants au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce ainsi que le remplacement de l'expression « tente de porter atteinte » par celle dans la loi de 1991 de « peut porter atteinte » plus objective (258). Par ailleurs, l'ar-

(253) Rappelons qu'en principe, la copie, même servile, est licite sauf si elle porte sur une prestation protégée par un droit de propriété intellectuelle.

(254) Sur ce sujet, voy. M. Buydens, « La sanction de la "piraterie de produits" par le droit de la concurrence déloyale », *J.T.*, 1992, p. 117; J.-P. Triaille, « La protection des idées - Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge », *J.T.*, 1994, p. 797.

(255) Liège, 31 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1204 avec note de Ch. P.

(256) Pour un commentaire de la loi du 14 juillet 1991, voy. J.-J. Evrard, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, p. 681.

(257) Article 93 : « Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs ».

(258) Notons que la cour d'appel de Liège, dans son arrêt précité du 31 mai 1994, avant de rejeter la compétence du président du tribunal de commerce à connaître d'une action en cessation portant sur le piratage de logiciels, a appliqué la loi du 14 juillet 1991 dans la mesure où elle s'applique aux conséquences juridiques futures de faits survenus sous l'empire de la loi ancienne et a dès lors admis que le demandeur invoque l'extension du champ d'application de l'article 93 de la nouvelle loi à tout vendeur.

ticle 96 de la loi nouvelle reprend textuellement l'article 56 de la loi du 14 juillet 1971. La jurisprudence décrite ci-dessus conserve dès lors toute son actualité.

La loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur précise désormais, en son article 13, que « toute demande qui trouve son fondement à la fois dans une atteinte à la présente loi et dans un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est portée exclusivement devant le tribunal de première instance ».

2. Deux décisions ont été rendues en matière de dénomination commerciale. La première adoptée par le tribunal de commerce de Bruxelles le 30 mai 1986 (259) concernait les risques de confusion entre la dénomination « C.S.C. Computer Sciences Europe » d'une société constituée en 1977 et celle de « C.S.C. » d'une autre société constituée en 1983. Le tribunal de commerce a jugé que « La demanderesse utilisait les lettres "C.S.C." avant même que la défenderesse ne soit constituée, et l'usage qu'en a fait la demanderesse est suffisamment long pour qu'une identification se fasse dans les yeux du public, des lettres "C.S.C." à l'établissement de la demanderesse. En adoptant les mêmes lettres "C.S.C.", la défenderesse a créé une confusion entre les deux établissements, confusion aggravée par la circonstance que l'une des firmes s'occupe de logiciels (software) et l'autre de matériel (hardware) ».

La deuxième affaire mettait en cause les deux dénominations suivantes : « Datasoft Management » et « Data Soft Production ». Le tribunal de commerce de Liège (260) a jugé que les mots « Data » et « Soft » sont couramment employés dans le vocabulaire informatique et qu'ils ne sont dès lors pas des éléments susceptibles de caractériser une dénomination commerciale, qu'ils soient employés ensemble ou séparément. Ce qui distingue les deux dénominations est le mot qui vient s'y ajouter, en l'espèce, « Management » et « Production ». Et le tribunal d'ajouter « que c'est ainsi que la doctrine admet qu'une dénomination par référence à l'objet de l'entreprise impose de se montrer moins sévère dans l'appréciation des risques de confusion... et de considérer qu'un tel vocabulaire... peut être revendiqué par toutes les sociétés exerçant une activité analogue... avec la conséquence que l'adjonction d'un élément supplémentaire, même relativement peu important, dans la dénomination doit être considérée comme suffisante; ... que la protection légale s'attache à la dénomination considérée dans son ensemble et non à l'une de ses composantes envisagées isolément ». Le tribunal en conclut qu'il n'y a aucun danger de confusion entre les deux dénominations, l'élément adjoint étant suffisant pour les distinguer.

(à suivre)

Jean-Pierre BUYLE - Laurie LANOYE
Yves POULLET - Valérie WILLEMS

(259) Comm. Bruxelles, cess., 30 mai 1986, *Prat. comm.*, 1986, p. 150.

(260) Comm. Liège, 18 déc. 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 437 avec une note de C. Parmentier, « La protection de la dénomination sociale d'une société coopérative ».